

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

Contra el miedo a prevaricar.

**El punto de vista del derecho internacional sobre la investigación y
reparación de las desapariciones forzadas ocurridas durante el
franquismo**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Patricio Galella

Director

Carlos Espósito Massicci

Madrid, 2015



Universidad Complutense de Madrid

Facultad de Derecho

Doctorado en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales

TESIS DOCTORAL

Contra el miedo a prevaricar.

El punto de vista del derecho internacional sobre la investigación y reparación de las desapariciones forzadas ocurridas durante el franquismo

ALUMNO: Patricio Galella

DIRECTOR: Carlos Espósito Massicci

Índice

Índice.....	3
Agradecimientos.....	7
Abreviaturas.....	9
Índice de tablas.....	11
INTRODUCCIÓN	13
<i>Hipótesis</i>	26
<i>Estructura y metodología de la tesis</i>	27
CAPITULO I. LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL	33
I.I. Antecedentes.....	33
I.II. Evolución	38
I.III. Definición y elementos de la desaparición forzada de personas	56
I.IV. La característica distintiva de la desaparición: el carácter permanente	67
<i>La naturaleza del delito</i>	67
<i>El reconocimiento del carácter continuado en el derecho internacional</i>	69
<i>Los efectos de la continuidad en el derecho internacional</i>	72
I.V. La desaparición forzada como crimen contra humanidad	81
CAPITULO II. LOS DESAPARECIDOS EN ESPAÑA DURANTE LA GUERRA CIVIL Y EL FRANQUISMO	93
II.I. La guerra civil y la represión franquista	93
<i>La guerra civil y los “paseos”</i>	93
<i>La situación de los niños hijos de republicanos</i>	100
II.II. Las medidas de justicia transicional	106
<i>La ley de amnistía de 1977</i>	109
<i>Las medidas de reparación a las víctimas</i>	111
II.III. Las medidas post-transicionales	117
<i>El informe de la Comisión Interministerial</i>	117
<i>La ley de Memoria Histórica (2007)</i>	118
CAPITULO III. INVESTIGAR Y REPARAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL	123
III.I. La obligación de investigar las desapariciones en el derecho internacional	127
a. <i>Los instrumentos internacionales</i>	127
b. <i>La jurisprudencia internacional</i>	129
III.II. La obligación de reparar las desapariciones forzadas.....	142

<i>a. Los instrumentos internacionales</i>	142
<i>a.1 El derecho a la verdad como forma de reparación especial en materia de desaparición forzada</i>	148
<i>b. El derecho de los familiares en la jurisprudencia internacional</i>	154
III.III Las obligaciones en casos de apropiación de niños	161
<i>a. Los instrumentos internacionales</i>	161
<i>b. La jurisprudencia internacional</i>	164
 CAPITULO IV. ESTADO DE SITUACION SOBRE LA INVESTIGACIÓN Y REPARACION DE LOS DESAPARECIDOS DE LA GUERRA CIVIL Y EL FRANQUISMO EN ESPAÑA.....	171
IV.I. ¿Es correcto hablar de desaparecidos en España?	171
IV.II. La investigación y reparación en España a los desaparecidos del franquismo.....	174
IV. III. La insuficiencia de la Ley de Memoria Histórica	188
IV.IV. Se cierran las vías penales: el proceso por prevaricación contra Garzón.....	195
 CAPÍTULO V. TRES OBSTÁCULOS (IN)SUPERABLES	203
V.I. La irretroactividad de los tratados	205
V.II. La prescripción vs la permanencia de la desaparición y el estado de indefensión	223
V.III. La ley de Amnistía de 1977	234
<i>a. Las amnistías en los instrumentos internacionales sobre desaparición forzada</i>	237
<i>b. Las amnistías en la jurisprudencia internacional</i>	241
 CAPITULO VI. EL RECURSO A LOS MECANISMOS INTERNACIONALES	257
VI.I. Recurrir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	261
VI.II. Recurrir al Comité de Derechos Humanos	281
VI.III. Recurrir al Comité contra las desapariciones	297
VI.IV. La jurisdicción universal	303
 CONCLUSIONES.....	307
Anexos.....	321
Anexo 1	323
Anexo 2	329
Anexo 3	335
Anexo 4	337
Anexo 5	339

BIBLIOGRAFIA	343
DOCUMENTOS DE NACIONES UNIDAS Y OTROS INFORMES.....	373
SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	377
SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	378
SENTENCIAS DE OTROS TRIBUNALES	379
SITIOS WEB.....	381
RESUMEN EN INGLÉS / SUMMARY	385

Agradecimientos

Esta tesis doctoral es el producto de años de trabajo a lo largo de los cuales he contado con la valiosa e inestimable ayuda de muchas personas. En primer lugar, quiero agradecer muy especialmente al profesor Carlos Espósito Massicci, el director de tesis que todo doctorando quisiera tener, no sólo por su conocimiento del derecho internacional, experiencia y guía sino también por su predisposición sin condiciones y su apertura a nuevos proyectos e ideas. Sin sus consejos y horas dedicadas a reuniones y discusiones, esta tesis no hubiera tenido lugar.

Quiero agradecer también al profesor Carlos Closa Montero, del Instituto de Políticas y Bienes Públicos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, por sus generosas aportaciones y consejos, y a mis compañeros en ese Instituto, Cecilia Güemes, Daniela Vintila, Pablo Castillo y Alessandro Gentile, por sus comentarios, críticas y debates relevantes sobre el desarrollo de esta tesis. Quiero agradecer también a Francisco Ferrándiz, antropólogo social del Instituto de Filosofía del Centro de Ciencias Humanas y Sociales por compartir conmigo sus conocimientos y experiencias en la exhumación de fosas en España.

A mi mis compañeros de doctorado Paola Acosta, Tania Pacheco y Mauricio Gaviria Lasso, por sus aportaciones valiosas y el envío de material para esta tesis. Quiero agradecer también Sebastián Rosales, por sus aportes sobre la participación de la República Argentina en los *travaux préparatoires* de la Convención Internacional contra las desapariciones forzadas y por sus conocimientos en el área del derecho a la verdad. A Stella Villagrán, de la biblioteca de la Organización de los Estados Americanos, y a las secretarias de la biblioteca de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. También al servicio de biblioteca del Centro de Ciencias Humanas y Sociales del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Quiero agradecer también a Saúl Oliveros de la secretaría de la Fundación Ortega y Gasset por sus innumerables gestiones y apoyo durante la preparación y entrega de esta tesis doctoral.

Por último, quiero agradecer a mi familia por su apoyo incondicional y ánimo constante sin el cual esta tesis hubiera sido imposible.

Abreviaturas

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Organización de los Estados Americanos (OEA)

Organización de las Naciones Unidas (ONU)

Unión Europea (UE)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)

Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH)

Corte Internacional de Justicia (CIJ)

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)

Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDFI)

Consejo de Europa (CoE)

Parlamento Europeo (PE)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEPDHLF)

European Commission for Democracy Through Law (Comisión de Venecia)

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT)

Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias de 2006 (CPDF o Convención Internacional de 2006)

Declaración de Naciones Unidas contra las desapariciones forzadas (Declaración de 1992)

Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (CIDF)

Índice de tablas

<i>Tabla 1 Firma y ratificación de la Convención Americana contra las desapariciones forzadas</i>	<i>48</i>
<i>Tabla 2 Estado de ratificaciones de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas</i>	<i>52</i>
<i>Tabla 3 Firma y ratificación de la Convención Internacional de 2006 en los países miembros de la Unión Europea</i>	<i>54</i>
<i>Tabla 4 Firma y ratificación de la Convención Internacional de 2006 en América Latina</i>	<i>56</i>
<i>Tabla 5 Situación de las víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo</i>	<i>113</i>
<i>Tabla 6 Casos judiciales en España desde la inhibición de Garzón a favor de los juzgados territoriales competentes</i>	<i>181</i>
<i>Tabla 7 Tratados de derechos humanos ratificados por España</i>	<i>259</i>
<i>Tabla 8 Aceptación de la competencia del Comité para recibir denuncias en virtud de los artículos 31 y 32 de la Convención</i>	<i>298</i>

INTRODUCCIÓN

La transición española hacia la democracia se basó en un modelo de olvido del pasado represivo en el que se renunció, por un lado, a la pretensión sancionadora de los responsables de los crímenes del franquismo y por el otro, de manera indirecta, al descubrimiento de la verdad sobre lo acontecido a las víctimas del régimen dictatorial. Se trató, como sostiene Gil y Gil, de un modelo de impunidad¹ y también de olvido, porque los crímenes del franquismo nunca fueron investigados y no se crearon “comisiones de la verdad” al estilo de las establecidas en Argentina, Sudáfrica o Chile. La adopción de la Ley de Amnistía en el año 1977 pretendió poner fin a la división de la sociedad y promover la reconciliación nacional. Mientras que los detenidos y condenados por el régimen franquista obtuvieron la libertad, se declararon amnistiados además los delitos de intencionalidad política cometidos por los agentes del Estado en ejercicio de sus funciones. En la práctica, la Ley de Amnistía significó la imposibilidad jurídica de canalizar las reclamaciones de *accountability* o rendición de cuentas por la vía judicial. Al no haber investigación oficial sobre los crímenes del franquismo, se impidió el ejercicio del derecho a saber de las víctimas y sus familiares², ubicándolas en una situación permanente de indefensión que perdura hasta nuestros días, en contradicción con las obligaciones que reconoce el derecho internacional en caso de violaciones graves a los derechos humanos, en especial la obligación de investigar exhaustivamente y de reparar a las víctimas.

En una encuesta realizada por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) en octubre de 2005, el 54,1% de los encuestados (1346 personas) se manifestó a favor de iniciativas tendientes a reconocer a las víctimas de la guerra civil española. Preguntados sobre si tenía sentido debatir o realizar acciones para reparar hechos que ya son historia, el 43,4% respondió que estaba más bien de acuerdo con esa afirmación mientras que el 40% más bien en desacuerdo. Preguntados sobre si consideraban que

¹ Gil Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, 2009, Atelier, Barcelona, pp. 173, página 100.

² Paul Preston, *La Guerra Civil Española*, Random House Mondadori, 2006, pp. 387, página 24.

las víctimas de la guerra civil eran las grandes olvidadas y que era hora de reparar esa situación de injusticia, el 53,3% respondió afirmativamente mientras que el 24% se manifestó en desacuerdo. Por último, preguntados sobre si las víctimas de la guerra civil habían tenido un trato desigual dependiendo del bando al que pertenecieron, el 65,9% manifestó estar más bien de acuerdo³.

Los resultados de la encuesta difícilmente sean sorprendentes porque las víctimas de ambos bandos de la guerra civil y la dictadura franquista no han recibido un trato similar. La Causa General sobre la dominación roja en España, creada por el régimen de Franco a través del decreto de 26 de abril de 1940⁴, permitió la recuperación de los cuerpos, la concesión de reparaciones y la realización de investigaciones criminales contra los responsables pero sólo incluyó a las víctimas del bando nacional. Respecto del bando republicano, sin embargo, miles de las personas que murieron en los frentes o en las operaciones de la retaguardia siguen a día de hoy sin ser localizadas⁵ y sus familiares continúan sin poder cerrar definitivamente las heridas del pasado represivo, a pesar de haber transcurrido ya más de 70 años desde la ocurrencia de los hechos.

Los sucesivos gobiernos democráticos han ido recomponiendo esta situación a través del reconocimiento de derechos económicos a varios grupos de víctimas y sus familiares, tales como pensiones, indemnizaciones o la concesión de la nacionalidad española a aquellos hijos de exiliados como consecuencia de la guerra civil, entre otras. Uno de los colectivos que menor atención oficial ha recibido, al menos hasta hace relativamente poco tiempo, es el de las personas ejecutadas extrajudicialmente durante la guerra civil y cuyos restos continúan “escondidos” en fosas comunes sin

³ Preguntas 11, 12 y 13 de esta encuesta (2622, de octubre de 2005) del CIS http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2620_2639/2622/_e262200.html Los resultados de la encuesta se han reproducido en el Anexo 2 de esta tesis doctoral.

⁴ Causa General informativa de los hechos delictivos y otros aspectos de la vida en la zona roja desde el 18 de julio de 1936 hasta la liberación”, creada por el Ministerio de Justicia del gobierno de España por decreto de 26 de abril de 1940.

⁵ Informe Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, 28 de julio de 2006, página 22, disponible en <http://www.mpr.gob.es/NR/rdonlyres/3834DA97-8D86-4CD0-AE2E-7C8AA123725A/77935/InformeGeneral.pdf>.

exhumar en toda la geografía española. Estas víctimas, acusadas de ser izquierdistas o vinculadas a organizaciones sindicales o simplemente por su irreligiosidad, eran detenidas en edificios no oficiales habilitados como prisiones y días más tarde, “*paseados*” por las noches y fusilados sin juicio previo ni proceso judicial. Nunca más se volvió a saber de ellos. Miles de fallecimientos no fueron registrados y en otros casos simplemente figuraban como personas sin identificar y enterradas en fosas comunes. O dicho de otro modo, *desaparecían*, viniendo a conformar el grupo de los desaparecidos del franquismo. Esta práctica ocurrió fundamentalmente entre los meses de abril y diciembre de 1936 por parte de las fuerzas franquistas (también por parte del bando republicano, pero en menor medida), con un resurgimiento en el año 1939.

La desaparición forzada de personas ha sido definida como la privación de la libertad de una persona, cometida por el Estado, directa o indirectamente, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte y el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley⁶. El fenómeno ganó trascendencia internacional en los años 1970 y 1980 como consecuencia de las estrategias de eliminación de oponentes políticos urdidas por los regímenes militares en Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Las juntas militares allí establecidas la practicaron sistemáticamente y a veces en estrecha cooperación -a través del lamentablemente famoso Plan Cóndor-, como método de combate frente a la denominada amenaza subversiva y el avance del comunismo a nivel nacional y regional. En Argentina, el informe Nunca Más de la Comisión Nacional sobre la desaparición de personas contabilizó 8.961 desapariciones en el período 1976-1982, cifras que la propia Comisión consideró provisional⁷. En la actualidad, diversas organizaciones no gubernamentales elevan la cifra hasta las 30.000 personas⁸, cifra

⁶ Artículo 2 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 20 de diciembre de 2006.

⁷ Comisión Nacional sobre la desaparición de personas, Informe Nunca Más, Buenos Aires, Eudeba, Septiembre de 1984, disponible en <http://www.desaparecidos.org/arg/conadep/nuncamas/>

⁸ Asociación Madres de Plaza de Mayo, Historia de las Madres, disponible en <http://www.madres.org/navegar/nav.php?idsitio=5&idcat=906&idindex=173>

que no es considerada ni arbitraria ni caprichosa para el secretario de Derechos Humanos del gobierno argentino⁹.

A pesar de su trascendencia internacional a raíz de los hechos ocurridos en América Latina, los orígenes registrados de la desaparición forzada se remontan ya a la Segunda Guerra Mundial y en particular al año 1941, cuando Adolf Hitler elaboró un decreto ordenando el traslado forzoso y secreto hacia Alemania de aquellas personas que, en territorios ocupados, constituyeran una amenaza para el Reich. Una vez trasladados, los detenidos desaparecían sin más y los oficiales tenían la obligación de no proveer ningún tipo de información sobre la suerte o paradero de la persona. De esta manera, se pretendía generar angustia e incertidumbre sobre la suerte de los detenidos en los países ocupados y además provocar un efecto disuasorio en la sociedad para evitar cualquier tipo de oposición.

En España, sólo recientemente se ha comenzado a hablar de los “desaparecidos”, aunque el término que se ha utilizado corrientemente para referirse a este colectivo es el de “paseados” y que hace alusión a la detención de la víctima y su posterior paseo al amanecer para ser ejecutado extrajudicialmente y sin registro del lugar de entierro, sin conocimiento de las circunstancias de la muerte y abandonadas *“en las cunetas de las carreteras, en las tapias de los cementerios, en los ríos, en pozos y minas, o enterradas en fosas comunes”*¹⁰. Desde el año 2000, los desaparecidos o paseados del franquismo han ganado trascendencia pública y desde entonces se ha convertido en un grupo de víctimas significativo, tanto por la influencia del fenómeno acontecido en América Latina como por referirse a grupos de personas que nunca antes habían sido consideradas como víctimas. A diferencia de otros países que padecieron regímenes represivos y en los que ocurrieron desapariciones forzadas de personas, no ha habido en España investigaciones oficiales sobre los desaparecidos ni existe un censo sobre ellos, aunque el Informe General de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo del año 2006 estima la existencia de entre 30.000 y 40.000 personas desaparecidas como

⁹ “Duhalde: ‘La cifra de 30 mil desaparecidos no es arbitraria ni caprichosa’”, Página 12, 4 de agosto de 2009, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-129390-2009-08-04.html>

¹⁰ Casanova, Julián, Desaparecidos, El País, 10 de julio de 2008.

consecuencia de la guerra civil y la dictadura franquista¹¹. La falta de investigación oficial sobre la suerte de las personas desaparecidas durante la guerra civil y acceso a un recurso efectivo a nivel interno ha tenido como consecuencia directa la vulneración de los derechos de las víctimas y la ausencia de una reparación adecuada en detrimento de los derechos de las víctimas reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

En su informe del año 2003, el Defensor del Pueblo constató esta situación y puso de relieve la necesidad de investigar las desapariciones y adoptar medidas de reparación porque *“(...) aún son decenas de miles los cadáveres de personas que perdieron la vida en la guerra y que todavía permanecen en fosas comunes. A juicio de esta Institución resulta imprescindible que las instituciones públicas faciliten la identificación de las víctimas, mediante el acceso de familiares y herederos a los archivos históricos de la Guerra Civil para posteriormente, y tras los estudios pertinentes, adoptar las medidas de actuación de los órganos judiciales competentes para exhumar, identificar, practicar las pruebas forenses necesarias y entregar a las familias los restos de las víctimas para que puedan recibir digna sepultura (...)”*¹².

El primer intento institucional de determinación del número de personas sin localizar se produjo recién el 14 de diciembre de 2006 cuando distintas personas físicas y asociaciones de familiares de desaparecidos y fallecidos durante la guerra civil, que desconocían la situación, el lugar de enterramiento y las circunstancias del fallecimiento de sus familiares, presentaron una denuncia ante la Audiencia Nacional en la que solicitaban el reconocimiento de su derecho a saber, a descubrir la verdad sobre lo sucedido y la práctica de todas las medidas necesarias para localizarlos e identificarlos y, de ser posible, la entrega de sus cuerpos. Los hechos denunciados por las asociaciones se habrían producido entre el 17 de julio de 1936 y diciembre de 1951

¹¹ Informe de la Comisión Interministerial, citando a su vez el Informe Lorente Acosta del Instituto de Medicina Legal de Granada, 28 de julio de 2006, disponible en <http://www.mpr.gob.es/NR/rdonlyres/3834DA97-8D86-4CD0-AE2E-7C8AA123725A/77935/InformeGeneral.pdf>.

¹² Defensor del Pueblo, Informe Anual 2003, página 1354, disponible en http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/contenido_1262619743116.html;jsessionid=61EDB426A58C56D78D55414C2153D655

y la lista de personas sobre las que en la actualidad se desconocía su paradero ascendía a 114.266. Se trata de hechos que el propio Tribunal Supremo ha calificado a la luz del derecho internacional actual como crímenes contra la humanidad en una sentencia reciente¹³.

La denuncia de las asociaciones recayó en el juzgado de instrucción número 5, cuyo titular era el ex juez Baltasar Garzón. En su auto de 16 de octubre de 2008, Garzón hizo lugar a la denuncia y agregó que era necesario dar respuesta a la acción iniciada porque seguían existiendo víctimas y que para hacer cesar la comisión del delito era pertinente buscar y localizar los cuerpos de los desaparecidos u ofrecer razón cierta de su paradero, iniciativa que debía llevar adelante las instituciones nacionales. Para Garzón, los hechos denunciados constituían un delito permanente de detención ilegal sin ofrecerse razón del paradero de las víctimas en el marco de crímenes contra la humanidad. Luego de determinar la extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento, Garzón acuerda inhibirse a favor de los juzgados territoriales competentes para la exhumación de las fosas. Paralelamente, el Sindicato Manos Limpias presentó una denuncia ante el Tribunal Supremo por prevaricación contra el juez Garzón por pretender investigar los crímenes del franquismo. En su sentencia absolutoria, el Tribunal afirmó que el sistema judicial español y en particular el procedimiento penal no era el medio idóneo para las víctimas que pretendan ejercitar sus derechos para conocer la verdad sobre lo acontecido a sus familiares. El Supremo rechazó que Garzón pudiese investigar estos hechos porque se estarían violando los principios fundamentales de irretroactividad de la ley penal, el principio de legalidad y que además todos los delitos habían sido objeto de una amnistía aprobada democráticamente. Por último, el Supremo consideró que los delitos estarían prescritos porque, en su opinión, sostener que la desaparición forzada era una situación permanente constituía una *“ficción contraria a la lógica jurídica”* porque no era razonable pensar que la persona detenida ilegalmente en 1936 y cuyos restos no

¹³ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27/02/2012, página 26.

habían sido hallados habrían continuado detenidas más allá del período de prescripción de 20 años¹⁴.

La sentencia del Tribunal Supremo ha cerrado definitivamente la vía penal como medio para canalizar las reclamaciones de los familiares y una de las consecuencias más preocupantes ha sido el archivo sistemático por parte de los juzgados territoriales de las denuncias presentadas por los familiares sin llevar adelante incluso ningún tipo de diligencia preliminar¹⁵. Estos tribunales, que serían los competentes para ordenar la exhumación fosas y proveer los recursos necesarios para la identificación de las víctimas a través de la realización pruebas forenses, han aplicado a pie juntillas los razonamientos del Tribunal Supremo con la consiguiente imposibilidad de iniciar cualquier tipo de investigación, aún cuando se pretenda simplemente la identificación de los cadáveres y su entrega a los familiares para darle digna sepultura. Sólo en raras excepciones los familiares han podido recuperar los restos de sus desaparecidos. En este sentido, otra de las consecuencias derivadas de la sentencia del Supremo en el caso Garzón es su potencial efecto sobre la independencia de los jueces, tal y como ha señalado un grupo de expertos de Naciones Unidas¹⁶.

La situación que acabo de describir no se condice, sin embargo, con las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos en materia

¹⁴ Similar argumento había expresado el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Javier-Alberto Zaragoza Aguado, en su recurso del 20 de octubre de 2008 ante el Tribunal Supremo: *“Al respecto, hay que señalar desde este instante que lo trascendente a estos efectos no es un hecho material- que aparezca o no un cuerpo- sino un hecho jurídico- que durante todo el tiempo se haya prolongado una situación de detención ilegal. Esto es, con independencia de que no puede dejar de reputarse una ficción el entender que durante casi setenta años (entre 1939 y 2008) o, en el mejor de los casos sesenta (entre 1951 y 2008), ha existido una situación de detención ilegal, que exige siempre, dado el bien jurídico que se protege -consistente en el libre ejercicio de la voluntad humana, en su forma más primaria, la libertad de movimientos- que la persona esté viva y privada del libertad durante todo ese tiempo, lo que no es posible en este caso por ser pública y notoria su muerte, tampoco puede entenderse como una consecuencia del carácter permanente del delito de detención ilegal que, en los casos del art.166 CP, el dies a quo empiece a contar desde que haya aparecido un cadáver que se corresponda con el inicialmente detenido o, por el contrario, que si tal resto no aparece, el delito no prescriba nunca”*.

¹⁵ Amnistía Internacional, Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el Franquismo en España, 9 de mayo de 2012.

¹⁶ UN Service Media, Spain: United Nations experts express concern over implications of judge Garzón case, 8 February 2012, disponible en <http://www.unog.ch/80256EDD006B9C2E/%28httpNewsByYear%29/28A4885593C8F0EEC125799E005989B8?OpenDocument>

de investigación y reparación y que España ha asumido libremente, ni tampoco con los recientes desarrollos jurisprudenciales de los tribunales internacionales de derechos humanos, que han interpretado evolutivamente las disposiciones de los tratados de derechos humanos, evidenciando cuanto menos un menosprecio del derecho internacional. Pero, ¿es posible algún tipo de obligación para con estas víctimas y sus familiares aún cuando han transcurrido más de 70 años desde los hechos? ¿Contiene el derecho internacional de los derechos humanos y en especial el referido a las desapariciones forzadas, herramientas que habiliten alguna alternativa para las víctimas o sus familiares? Se trata de preguntas de difícil respuesta y no son pocos los obstáculos existentes como por ejemplo el paso del tiempo desde la comisión de los hechos, la irretroactividad de los tratados, la ley de amnistía, entre otros, pero respecto de los cuales el derecho internacional tiene algo que decir y puede aportar argumentos destinados a una reparación adecuada.

El derecho internacional de los derechos humanos ha evolucionado con el tiempo hacia un derecho centrado en los individuos, llevando a autores como Pastor Ridruejo a afirmar la existencia de un proceso de humanización del derecho internacional¹⁷. En su opinión, la protección internacional de los derechos humanos contiene tres elementos: en primer lugar, el elemento de la codificación, que se realiza a través de la adopción de instrumentos internacionales por medio de los cuales los Estados se comprometen a respetar los derechos humanos; en segundo lugar, el elemento de la prevención, destinado a evitar que se produzca una violación a los derechos humanos a través de la creación de estructuras de control; en tercer lugar, el elemento de los mecanismos de control, destinados a verificar la ocurrencia de una violación de los derechos humanos y en su caso a asegurar la reparación¹⁸.

En materia de desaparición forzada de personas, el derecho internacional ha ido conformando un sistema de protección cuyo corolario ha sido la Convención

¹⁷ Pastor Ridruejo, José Antonio, *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 274, 1998, pp. 9-308, página 113.

¹⁸ Pastor Ridruejo, José Antonio, *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 274, 1998, pp. 9-308, página 114.

Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, firmada en 2006 y recientemente entrada en vigor. Se trata del primer instrumento jurídicamente vinculante de vocación universal y del que España es parte. En tanto que parte en la Convención Internacional, España ha asumido al menos dos obligaciones fundamentales: por un lado, investigar las desapariciones con todos los medios disponibles y así luchar contra la impunidad que caracteriza a la figura, y por otro, reparar a las víctimas entendidas en sentido amplio y reconocerles el derecho a la verdad, que es un derecho inalienable e imprescriptible. El preámbulo de la Convención Internacional de 2006 sostiene que el objetivo del tratado es la lucha contra la impunidad y el reconocimiento del *“derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de una desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida, así como el respeto del derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones a este fin”*. De acuerdo con el marco jurídico internacional existente, la obligación del Estado de investigar se extiende tanto tiempo como se mantenga la incertidumbre sobre la suerte y el paradero de la persona desaparecida, lo que viene a reconocer, a su vez, la naturaleza permanente o continuada de la desaparición forzada de personas. La imposibilidad de castigar a los responsables, por ejemplo, por existir una ley de amnistía, no puede impedir el ejercicio del derecho a la verdad y en sentido más amplio, a la reparación de los familiares de las personas desaparecidas¹⁹.

La doctrina, la jurisprudencia y el marco jurídico internacional en la materia consideran a la desaparición forzada como un fenómeno especialmente complejo y a su vez como el ejemplo paradigmático de violaciones de derechos continuadas o permanentes, no sólo de la persona desaparecida sino también de sus familiares, porque la incertidumbre sobre su suerte y paradero les causa angustia y les impide realizar el duelo. Esta naturaleza de la desaparición tiene consecuencias en la

¹⁹ Véase por ejemplo Bassiouni, Cherif, *Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability, Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Num. 4, 1996, pp. 9-28, página 19 y 23; Méndez, Juan, *The Human Right to Truth: Lessons Learned from Latin American Experiences with Truth Telling*, en T. A. Borer (ed), *Telling Truths: Truth telling and Peace Building in Post-Conflict Societies*, University of Notre Dame Press, pp. 115-150, página 117; Roht-Arriaza, Naomi, *Reparations Decisions and Dilemmas, Hastings International and Comparative Law Review*, 2004, Vol. 27, Winter, 157-219, página 157; Gómez Isa, Felipe, *Derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos*, página 37, en Felipe Gómez Isa (dir), *El derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2006, pp. 623.

aplicación del principio de la irretroactividad de los tratados²⁰ y en la competencia de los tribunales internacionales. La existencia de situaciones permanentes ha sido analizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha excluido su competencia *ratione temporis* para actos o situaciones cometidas antes de la entrada en vigor del Convenio; pero ha reconocido, sin embargo, su competencia respecto de aquellas obligaciones procesales (como por ejemplo la realización de una investigación oficial sobre la suerte de los desaparecidos) aún en casos que hubiesen comenzado antes de la entrada en vigor de la Convención para el Estado acusado. Similares desarrollos encontramos en las decisiones del Comité de Derechos Humanos y en sentido más amplio en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que incluso ha ordenado a algún Estado la derogación de leyes que garantizan la impunidad a los responsables o la adopción de medidas de reparación destinadas a recordar los errores del pasado como medio para evitar su repetición en el futuro.

La Convención de Viena sobre derecho de los tratados distingue entre actos o hechos que hayan tenido lugar antes de la entrada en vigor del tratado y situaciones que hayan dejado de existir antes de esa fecha, en cuyos casos el tratado no es aplicable. Sin embargo, la Convención de Viena menciona una tercera categoría: las situaciones que hayan comenzado antes de la entrada en vigor y que continúen existiendo luego de esa fecha. Cuando los actos, hechos o situaciones son de carácter instantáneo la aplicación de la norma es relativamente sencilla pero cuando producen efectos jurídicos continuados o permanentes con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, su aplicación comienza a ser más controvertida. En opinión del profesor Remiro Brótons, la Convención de Viena de 1969 es aplicable a los *facta pendentia*, es decir, a aquellos hechos surgidos con anterioridad al tratado pero que despliegan

²⁰ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on Enforced Disappearances as Continuous Crime, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-EDCC.pdf>

determinados efectos una vez que ha entrado en vigor, en las consecuencias por venir²¹.

Esto no significa, sin embargo, que el derecho internacional y sus mecanismos internacionales de protección y verificación ofrezcan siempre e incondicionalmente una opción satisfactoria para las víctimas y sus familiares. Aplicado al caso de los desaparecidos durante la guerra civil, el posible camino de las víctimas y sus familiares está sembrado de obstáculos difíciles de sortear, tanto a nivel interno como internacional. Tal vez el más importante es el paso del tiempo porque los hechos se produjeron hace ya más de 70 años y no existía en aquel momento un corpus jurídico que reconociese expresamente a las desapariciones como crímenes contra la humanidad. A su vez, todos los instrumentos internacionales de protección aplicables son posteriores, en especial la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006), de la que España es parte. Como principio general, los tratados se aplican a actos, hechos o situaciones producidos con posterioridad a su entrada en vigor y la justificación que subyace a este principio es el de seguridad jurídica porque la irretroactividad sobre la aplicación temporal de un tratado evita la incertidumbre²². Pero, ¿significa esto que nada debe hacer el Estado español frente a crímenes que comenzaron antes de la adopción de la Convención Internacional de 2006 pero cuyos efectos continúan en el tiempo, como son las desapariciones forzadas de personas derivadas de la guerra civil y la dictadura franquista? ¿Qué pasa con el derecho imprescriptible de las víctimas a conocer la verdad? Estas preguntas no son menores o sin importancia, porque están dirigidas a la naturaleza misma de la desaparición forzada de personas y a sus efectos que continúan en el tiempo.

Otro de los obstáculos a la investigación de los crímenes del franquismo en España es la adopción de la Ley de Amnistía en el año 1977²³, considerada como una

²¹ Remiro Brótons, Antonio, *Derecho Internacional Público, 2. Derecho de los tratados*, Editorial Tecnos, 1987, pp. 550.

²² Orihuela Calatayud, Esperanza, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo*, Dykinson, S.L., Libros, España, 2006, página 22.

²³ Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, Boletín Oficial del Estado, núm. 248 de 17 de octubre de 1977, páginas 22765 a 22766.

pieza central del modelo de transición español²⁴ y que como hemos dicho ha impedido cualquier tipo de reclamación de rendición de cuentas por la vía penal. Sin embargo, la legitimidad de este tipo de leyes ha sido criticada por la doctrina²⁵, en especial cuando son aplicadas a violaciones graves a los derechos humanos, y los órganos de control internacionales, como son el Comité de Derechos Humanos²⁶ y el Comité contra la tortura se han unido a esta tendencia e incluso se han manifestado en contra de la ley española de 1977 y han afirmado la necesidad de su derogación²⁷. Aún si aceptásemos que no es posible la realización de procesos penales contra los presuntos responsables por existir una ley de amnistía, el Estado continuaría obligado a cumplir de buena fe las obligaciones de investigación y eventualmente reparación que reconoce marco jurídico internacional en materia de desaparición forzada de personas. El establecimiento de la verdad sobre lo acontecido, y en el caso de las desapariciones la suerte y el paradero de la persona desaparecida, quedaría vivo²⁸ porque las obligaciones que impone el derecho internacional son complementarias e independientes unas de otras²⁹.

²⁴ El gobierno de España, en su respuesta a los comentarios del Comité de Derechos Humanos resaltó el papel clave que jugó la ley de amnistía en el proceso transicional. Véase Comentarios del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, 13 de enero de 2009.

²⁵ Véase por ejemplo Study on Amnesty Laws and their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights, Preliminary Report by Mr. Louis Joinet, Special Rapporteur, U.N. Commission on Human Rights (Provisional Agenda Item 9(a)), U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/16, 1985, página 17; Burbidge, Peter, Waking the dead of the Spanish Civil War, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2001, p. 753-781, página 755; Falk, Richard. 2006. Reparations, International Law, and Global Justice, p. 498 in Pablo de Greiff (ed), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press; Orentlicher, Diane, Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime, 100 *Yale Law Journal*, 1991, página 2540; Roht-Arriaza, Naomi, State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law, *California Law Review*, Vol 78, 1990, pp. 449-514, página 485.

²⁶ General Comment by CCPR 20 [44], disponible en http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Gen_Com.nsf/3b4ae2c98fe8b54dc12568870055fbbd/abc751d75e39c69ec125688700532c2e?OpenDocument

²⁷ Observaciones finales del Comité contra la Tortura, ESPAÑA, CAT/C/ESP/CO/5, 19 de noviembre de 2009.

²⁸ Bassiouni, Cherif, Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Num. 4, 1996, pp. 9-28, página 23.

²⁹ Méndez, Juan, The Human Right to Truth: Lessons Learned from Latin American Experiences with Truth Telling, en T. A. Borer (ed), *Telling Truths: Truth telling and Peace Building in Post-Conflict Societies*, University of Notre Dame Press, pp. 115-150, página 117; en el mismo sentido Gómez Isa, Felipe, Derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, página 37, en Felipe Gómez Isa (dir), *El derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2006, pp. 623.

La denominada Ley de Memoria Histórica³⁰, si bien ha sido recibida positivamente, no puede sin embargo ser considerada como un instrumento adecuado para hacer frente a las reclamaciones de los familiares de las personas desaparecidas porque sólo concede al Estado un simple rol de facilitador de las actividades de identificación y exhumación de fosas, cuando la Convención Internacional de 2006 recoge expresamente que el Estado tiene la obligación de investigar y poner a disposición de las víctimas todos los medios necesarios para esclarecer los hechos³¹, generando una privatización de una actividad que debería ser asumida directamente por el Estado. Y esto es sorprendente si tenemos en cuenta que la Ley de Memoria Histórica fue aprobada luego de que España hubiese firmado la Convención Internacional de 2006 pero antes de haberla ratificado y que, de acuerdo con la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, desde el momento que los Estados firman un tratado hasta el momento que el mismo es ratificado y entra en vigor, el Estado debe abstenerse de efectuar actos que frustren el objeto y fin del tratado³².

³⁰ Ley 5/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, disponible en <http://leymemoria.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/LeyMemoria/es/ley-de-la-memoria-historica->

³¹ Artículo 12 y 24 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas de personas, Nueva York, 20 de diciembre de 2006.

³² El Artículo 18 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados contiene la obligación de no frustrar el objeto y fin de un tratado antes de su entrada en vigor: *“Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente”*. Como afirman Boisson de Chazournes, La Rosa y Mbenge, el artículo 18 tiene como objetivo principal garantizar la seguridad jurídica necesaria para la estabilidad y estabilidad de los tratados internacionales y es, a su vez, una manifestación de la buena fe de los Estados. Boisson de Chazournes, Laurence, La Rosa, Anne Marie, Makane Moise Mbenge, Article 18. Convention 1969, p. 370, en Corten, Olivier, Klein, Pierre, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford Commentaries International Law), Oxford University Press, USA; 1 edition (May 26, 2011). En el mismo sentido Schwarzenberger, Georg, *The fundamental principles of international law*, Vol. 087 (1955), *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, pp. 228 y 229; Cot, Jean Pierre, *La bonne foi et la conclusion des traités*, *Revue Belge de Droit International*, 1968, p. 153; Hassan, Tariq, *Good faith in treaty formation*, *Virginia Journal of International law*, Vol. 21, Num. 3, 1980-1981, p. 450, entre otros. Otros autores sostienen, sin embargo, que desde el momento que se firma hasta que se ratifica un tratado, el Estado sólo tiene una obligación moral de no frustrar el objeto y fin y que, por

Frente a esta situación de cierre del acceso a la justicia para canalizar las reclamaciones de los familiares de las personas desaparecidas durante la guerra civil y la dictadura franquista y su permanente estado de indefensión ante la falta de investigación por parte del Estado, el objetivo de esta tesis es exponer la evolución del derecho internacional en materia de desaparición forzada de personas, potenciar una visión más humana del derecho que tenga en consideración la grave naturaleza de la desaparición, sus efectos sobre las víctimas entendidas en sentido amplio y la necesidad de reparar de manera adecuada tal y como reconoce el derecho internacional en la materia. En este sentido, esta tesis doctoral pretende promover la potencial aplicación de estos estándares al caso de los desaparecidos de la guerra civil española, ofreciendo una interpretación del derecho internacional que ponga en el centro de la escena a las víctimas y no a los responsables.

Hipótesis

1. La desaparición forzada de personas es una figura que se caracteriza por su permanencia cuyos efectos continúan mientras no se esclarezca con certeza la suerte y el paradero de las víctimas y se entreguen los cuerpos a sus familiares para darles digna sepultura. Las obligaciones de investigación y reparación se extienden durante todo el período durante el cual permanezca la incertidumbre.
2. El derecho internacional y las decisiones de órganos internacionales de protección de los derechos humanos ofrecen, bajo ciertas condiciones, alternativas plausibles a los familiares de las personas desaparecidas durante la guerra civil y el franquismo para el ejercicio de sus derechos y la eventual obtención de una reparación que tenga en cuenta la grave naturaleza de la desaparición forzada.

lo tanto, no existe obligación jurídica durante ese período. Véase por ejemplo, Dehouse, Fernand, *La ratification de traités*, Paris, Sirey 1936, p. 67

3. La imposibilidad de realizar procesos penales contra los responsables de las desapariciones cometidas durante la guerra civil y el franquismo como consecuencia de la Ley de Amnistía no puede ser una justificación para impedir el desarrollo de investigaciones judiciales o de otro tipo y hacer efectivo el derecho de los familiares a la verdad.

Estructura y metodología de la tesis

Esta tesis doctoral está dividida en VI capítulos que ofrecen un análisis pormenorizado del derecho y la jurisprudencia internacional en materia de desaparición forzada de personas para luego aplicar dichos preceptos al caso español. El capítulo I contiene los antecedentes históricos de la figura de la desaparición forzada, su evolución en el derecho internacional y los elementos que componen la figura para luego hacer especial referencia al elemento diferenciador de la desaparición: su naturaleza continuada o permanente hasta que no se determine la suerte y el paradero de la persona desaparecida y los efectos que se derivan de esta naturaleza. En este capítulo estudiaré además la reacción de la Organización de las Naciones Unidas frente al resurgimiento del fenómeno en América Latina, en especial a través de la creación del Grupo de Trabajo en el año 1981 y posteriormente desarrollaré la evolución del marco jurídico internacional existente en la materia, cuya pieza clave es la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (de aquí en adelante, la Convención Internacional de 2006). También se estudiará a la desaparición forzada como crimen contra la humanidad, esto es, cuando se comete como parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil y las consecuencias que se derivan de tal reconocimiento desde el punto de vista del derecho internacional, incluyendo la imprescriptibilidad de la acción, la jurisdicción universal y la no aplicación de leyes de amnistías o similares que pretenden asegurar la impunidad a los responsables.

En el capítulo II está dedicado, en primer lugar, a analizar la violencia derivada del golpe de estado de 1936 y la guerra civil en España y en especial la situación de los detenidos durante la guerra civil y su posterior paseo al amanecer para ser ejecutados extrajudicialmente y sin registro del lugar de entierro, sin conocimiento de las circunstancias de la muerte, cuya situación continúa a fecha de hoy sin conocerse. Entre el colectivo de personas afectadas estudiaremos también la situación de los niños exiliados a causa de la guerra y luego repatriados por el régimen.

En la segunda parte de este capítulo analizaré el modelo español de transición, que ha sido definido como uno basado en la amnistía y la rehabilitación parcial de las víctimas³³. Haré especial referencia a la Ley de Amnistía del año 1977 y sus efectos para luego desarrollar las distintas medidas de reparación, sus beneficiarios así como sus lagunas. Por último, estudiaré las diferentes medidas que podríamos denominar como post-transicionales adoptada en España, con especial referencia a las recomendaciones de la Comisión Interministerial sobre la situación de las víctimas de la guerra civil y el franquismo y a la Ley de Memoria Histórica.

Una vez desarrollado el modelo adoptado en España, el capítulo III analizará las obligaciones internacionales de los Estados frente a casos de desapariciones forzadas de personas. En especial, estudiaré tres aspectos fundamentales: la obligación de investigar, la obligación de reparar, con especial referencia al reconocimiento del derecho a la verdad y la obligación frente a casos de apropiación de niños. Junto con a la obligación del Estado de investigar los casos de desapariciones, surge el derecho de las víctimas a saber la verdad sobre lo sucedido con sus familiares desaparecidos. Cada una de las obligaciones mencionadas será analizada detalladamente dentro del marco jurídico internacional existente; se estudiarán cómo éstas han sido recogidas en los instrumentos internacionales y por los tribunales internacionales, en especial la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los instrumentos internacionales de protección específicos son 4, todos ellos de distinta naturaleza jurídica: 1) Declaración de Naciones de 1992: aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas fue el primer instrumento internacional específico que

³³ Gil Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, 2009, Atelier, Barcelona, pp. 173.

establecía compromisos para los Estados y sentaba las bases para la elaboración de un instrumento específico de protección internacional contra las desapariciones forzadas; 2) en 1998, la Subcomisión de derechos humanos de las Naciones Unidas elaboró un anteproyecto de tratado muy completo e innovador³⁴ y que a la postre sería tomado como referencia para la futura Convención Internacional; 3) la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobó en 1994 el primer instrumento jurídico vinculante de protección frente a las desapariciones forzadas, aunque de alcance regional; 4) el último instrumento, y el más importante, fue la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, instrumento vinculante de vocación universal.

La ausencia de un instrumento jurídico de vocación universal en la materia condujo a los organismos especializados de Naciones Unidas y los tribunales internacionales a intentar cubrir, dentro de sus posibilidades, el vacío existente y sus sentencias han sido de mucha utilidad al establecer parámetros de interpretación. En relación con la protección internacional de los derechos humanos, los tribunales internacionales han ido adoptando posiciones que se han traducido en sentencias pioneras y que reconocen el valor de la persona y sus derechos como centro de atención internacional. Por ello, las obligaciones mencionadas serán analizadas a la luz de las decisiones más relevantes emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También utilizaré ciertas decisiones de tribunales nacionales que reflejan las tendencias a nivel nacional³⁵ y en última instancia determinar si ha existido o no un diálogo entre las jurisdicciones nacionales e internacionales. Es cierto que las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no son vinculantes para España pero ese tribunal ha sido el que ha desarrollado ampliamente el derecho internacional en materia de desaparición forzada

³⁴ de Frouville, Olivier, La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées : les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire. Première partie: les dispositions substantielles, *Droits Fondamentaux*, n°6, janvier-décembre 2006, pág. 3.

³⁵ En opinión de Abi-Saab, la jurisprudencia de los tribunales internos es significativa y debe ser tenida en consideración no como fuente en el sentido del artículo 38.1(d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia sino como un elemento de la práctica de los órganos del Estado para la cuestión analizada. Abi-Saab, Georges, *De La Jurisprudence. Quelques reflexions sur son role dans le développement du droit international*, página 23 en Manuel Pérez González et al, *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1437

de personas y servido de base para decisiones de otros tribunales internacionales. De ahí que un estudio de las sentencias más destacadas de ese órgano no puede soslayarse. Además, el artículo 38.1 (d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia dispone que en sus sentencias, la Corte deberá aplicar las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Este artículo ha sido considerado como una tipificación de las fuentes del derecho internacional que es generalmente aceptado por los Estados³⁶. Si bien el texto del Estatuto afirma que se trata de un medio auxiliar, y por lo tanto no una fuente formal en sentido estricto, el valor del precedente jurisprudencial es muy importante, en primer lugar como medio de interpretación de las normas y segundo como medio de prueba³⁷. En el ámbito de los tribunales de protección internacional de los derechos humanos, el profesor Cançado Trindade sostiene que sus decisiones han contribuido por un lado, a la creación de un “*ordre public*” basado en el respeto de los derechos humanos bajo cualquier circunstancia y por otro, al enriquecimiento y humanización del derecho internacional³⁸. De ahí que un análisis de las decisiones más relevantes en la materia no pueda estar ausente en una tesis como la presente.

El capítulo IV estudia varios aspectos clave de esta tesis porque analiza, en primer lugar, la aplicación del concepto desaparición forzada a los “paseados” de la guerra civil en España y en consecuencia las, obligaciones derivadas del derecho internacional. En segundo lugar, releva la situación actual de las investigaciones en España sobre la suerte de las personas desaparecidas durante la guerra civil y cuyas circunstancias continúan a fecha de hoy sin conocerse. Expone cuál ha sido la respuesta de la justicia española frente a las denuncias de familiares. En tercer lugar, desarrolla y analiza el debate jurídico en la doctrina sobre las diligencias llevadas adelante por el juez Garzón y su pretensión de investigar y clarificar la suerte y el paradero de miles de desaparecidos durante el franquismo. Especial referencia se hará

³⁶ Sorensen, Max, *Principes du droit international, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Tome 101, página 11.

³⁷ Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo 1, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pp. 419, página 92 y 93.

³⁸ Cançado Trindade, Antonio Augusto, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium (I)*, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 316, 2005, pp. 9-440, página 160.

a la respuesta ofrecida por parte del Tribunal Supremo en aspectos fundamentales y que están estrechamente vinculados con el derecho internacional.

El capítulo V está dedicado al estudio de los obstáculos a la investigación de las desapariciones cometidas durante la guerra civil a la luz de la sentencia del Tribunal Supremo y de los desarrollos del derecho internacional en la materia. Analiza el debate sobre la permanencia o no de la desaparición forzada de personas y sus efectos mientras perdure la incertidumbre sobre su suerte o paradero; en segundo lugar, analiza la eventual aplicación de obligaciones convencionales asumidas por España en materia de desaparición forzada y su relación con el principio de la irretroactividad de los tratados; por último, estudia los efectos de la ley de amnistía en España y su recurso constante como justificación para impedir las investigaciones sobre las desapariciones cometidas por el régimen franquista, a pesar del consenso internacional que afirma su ilegitimidad cuando estamos en presencia de violaciones graves a los derechos humanos.

Ante la imposibilidad de recurrir al sistema judicial español para hacer valer las pretensiones de los familiares de las personas desaparecidas durante la guerra civil, el capítulo VI está dedicado a explorar la posibilidad de éxito de las potenciales reclamaciones de las víctimas en los foros internacionales, como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los Comités de Derechos Humanos y contra las desapariciones forzadas. Para ello, analizaré los requisitos formales de admisibilidad de las demandas o reclamaciones así como las decisiones en otros casos similares que pueden servir de precedentes a tener en cuenta al momento de la toma de decisiones por los juzgados nacionales. También analizaré el recurso a la jurisdicción universal, como está sucediendo actualmente con la querella presentada por familiares de desaparecidos de la guerra civil en Argentina.

Por último, expondré las conclusiones de este trabajo de investigación.

CAPITULO I. LA DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

I.I. Antecedentes

El primer antecedente de la figura de la desaparición forzada de personas tal y como la conocemos en la actualidad aparece en el decreto de de noche y niebla (*Nacht und Nebel Erlass*) de Adolf Hitler del 7 de diciembre de 1941. En aplicación de este decreto, toda persona que en territorios ocupados¹ por Alemania amenazara la seguridad del Estado alemán o de las fuerzas ocupantes, era transportada secretamente a Alemania en donde, sin más, desaparecía. Los oficiales alemanes tenían prohibido entregar cualquier tipo de información sobre la suerte de estas personas. Estas medidas estaban destinadas a provocar un efecto disuasivo por medio del terror sobre los individuos porque, por un lado, los prisioneros desaparecían sin dejar rastro alguno, eliminando así la amenaza que representaban, y en segundo lugar, porque ningún tipo de información sobre la suerte de los prisioneros era otorgada, creando así una situación de desesperación e incertidumbre en la población en general².

En una carta de diciembre de 1941 enviada por Wilhelm Keitel, responsable de la implementación del decreto, afirmaba que en opinión de Hitler, el envío a prisión, incluso la pena de trabajos forzados de por vida para quienes atentaban contra el Estado alemán en territorios ocupados era una demostración de debilidad del régimen. Por ello, una intimidación eficiente y duradera sólo podía lograrse a través de la pena de muerte o de medidas por las que los familiares de los prisioneros y la población no supieran nada sobre la suerte de los prisioneros. Este objetivo se cumplía cuando los

¹ El decreto se aplicaría sólo a los países ocupados occidentales (Bélgica, Holanda, el norte de Francia y Francia, Noruega).

² Memorandum from the High Command of the Armed Forces to Office Foreign Countries, Counter Intel/Dept. Abwehr. Re: Prosecution of offenses against the German State of Occupying Power in the occupied territories, February 2, 1942. Disponible en Nazi conspiracy and aggression, Vol. 7, p. 872 en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Nazi_Vol-VII.pdf

prisioneros eran trasladados a Alemania³. Esta práctica encajaba perfectamente en el esquema de deportaciones desde los países ocupados hacia Alemania orquestado por el régimen nazi⁴.

En su misiva, el mariscal Keitel decía:

*"It is the carefully considered will of the Fuehrer that now measures should be conceived in order to counteract attacks against the German State or the occupying power in the occupied territories. The Fuehrer is of the following opinion. If these offences are punished with imprisonment, even with hard labor for life, this will be looked upon as a sign of weakness. Efficient and enduring intimidation can only be achieved either by capital punishment or by measures by which the relatives of the criminal and the population do not know the fate of the criminal. This aim is achieved when the criminal is transferred to Germany"*⁵.

El desarrollo del programa de traslados se caracterizó por su extremo secretismo⁶, nunca antes visto en la historia de la humanidad, que se vio plasmado en una carta del Ministerio de Justicia alemán de fecha 6 de marzo de 1943 en la que se enviaba instrucciones a fiscales y jueces. La carta comenzaba destacando la importancia de mantener en secreto el procedimiento para evitar así su puesta en peligro. Los puntos 5 y 6 de la carta son reveladores: mientras que en el primero se informaba que las cartas de los prisioneros no se enviarían a sus familiares, en el segundo, el Ministerio de Justicia disponía que ni los familiares de las personas

³ Letter from the Chief of the High Command of the Armed Forces. Subject: Prosecution of offences committed within the occupied countries against the German State of the Occupying Powers, December 12, 1941. Disponible en Nazi conspiracy and aggression, Vol. 7, p. 873 en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Nazi_Vol-VII.pdf

⁴ Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law Nº 10, October 1946-April 1949, Vol. III, disponible en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-III.pdf, p. 1059.

⁵ The Chief of the Supreme Command of the Armed Forces, 14 n 16 WR (I 3/4), Nr. 165/41 confidential, Dec. 12th, 1941, disponible en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Nazi_Vol-VII.pdf

⁶ Lippman, Matthew, Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders Defense, *Penn State International Law Review*, Vol. 20, Issue 1 (Fall 2001), pp. 153-252, p. 184; Lippman, Matthew, Crimes against Humanity, *Boston College Third World Law Journal*, Vol. 17, Issue 2 (Summer 1997), pp. 171-274, p. 196.

detenidas y ejecutadas ni los medios de comunicación serían informados de su fallecimiento⁷.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, el decreto de noche y niebla fue analizado por el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que se encargó de juzgar a los más altos cargos del régimen nazi. En el acta de acusación y bajo el rótulo de crímenes de guerra, se definía al decreto de noche y niebla de la siguiente manera: *"The Ministry of Justice participated with the OKW and the Gestapo in the execution of Hitler's decree of "Night and Fog" (Nacht und Nebel) whereby civilians of occupied territories who had been accused of crimes of resistance against occupying forces were spirited away for secret trial by certain Special Courts of the Justice Ministry within the Reich, in the course of which the victims' whereabouts, trial, and subsequent disposition were kept completely secret, thus serving the dual purpose of terrorizing the victims' relatives and associates and barring recourse to any evidence, witnesses, or counsel for defense"*⁸.

El fiscal señaló que las muertes y malos tratos producidos en aplicación del decreto de noche y niebla eran contrarios a las Convenciones Internacionales existentes, en particular, el artículo 46 de la Convención de La Haya de 1907 relativo al respeto de los derechos y honor de los individuos en los territorios ocupados por la potencia enemiga, las leyes y usos de la guerra y los principios del derecho penal que expresaban los principios recogidos por las naciones civilizadas así como el artículo 6 (b)⁹ de la Carta del Tribunal¹⁰, que se refiere a crímenes de guerra. El fiscal señaló:

⁷ Secret Instructions of Reich Ministry of Justice to Prosecutors and Judges initialed by Defendants Altstoetter, Mettgenberg, and Von Ammon, 6 March 1943 concerning measures necessary to maintain secrecy of Night and Fog procedures, disponible en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-III.pdf. Ver también anexo 4 de esta tesis.

⁸ Trials of the Major War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals, 14 November 1945 - 1 October 1946, Vol. III, página 52, disponible en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-III.pdf

⁹ El artículo 6 (b) del Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg reza: *"CRIMENES DE GUERRA: A saber, violaciones de las leyes o usos de la guerra. En dichas violaciones se incluye el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados o para otros objetivos en relación con la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin*

“Civilians were systematically subjected to tortures of all kinds, with the object of obtaining information. (...)”

Civilians of occupied countries were subjected systematically to "protective arrests" whereby they were arrested and imprisoned without any trial and any of the ordinary protections of the law, and they were imprisoned under the most unhealthy and inhumane conditions.”¹¹

Uno de los acusados ante el Tribunal de Núremberg reveló que el destino de las personas detenidas y transportadas hacia Alemania era su desaparición y de ahí que Hitler hubiese usado la expresión decreto de noche y niebla, para hacerlos desaparecer en la noche. Schlegelberger, en su testimonio señaló: *“Hitler had issued the order to Keitel that in the future merely in very clear cases, and in such cases where the death sentence could be expected with certainty, the military courts were to pass sentences. The rest of the culprits were, for the purpose of a deterrent by the police, to be transported to Germany to remain under the custody of the police, and -and this is the expression he used- **to disappear during night and fog**”¹²*. En su testimonio ante el Tribunal de Núremberg, otro de los acusados, Von Ammon, señaló que la ausencia de información a los familiares de las personas detenidas era una consecuencia inevitable del decreto de noche y niebla¹³.

El Tribunal de Núremberg afirmó que el decreto de noche y niebla había surgido como un plan urdido por Hitler para hacer frente a la resistencia en los países

sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar las mismas limitadas a estos crímenes”. Documento disponible en <http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>

¹⁰ Trial of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law Nº 10, 14 November 1945 - 1 October 1946, Vol. I, disponible en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf

¹¹ Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law Nº 10, 14 November 1945 - 1 October 1946, Vol. I, disponible en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf, p. 44.

¹² Extracts from the Testimony of Defendant Schlegelberger, página 839, en Trials of the Major War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals, 14 November 1945 - 1 October 1946, Vol. III, , disponible en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-III.pdf

¹³ Extracts from the Testimony of Defendant Von Ammon, página 857, en Trials of the Major War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals, 14 November 1945 - 1 October 1946, Vol. III, página 839, disponible en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-III.pdf

ocupados y que su implementación había conducido a una violencia sistemática y a una situación de incertidumbre, ansiedad y terror hacia los familiares de las personas detenidas y la población en general con el objetivo de evitar cualquier tipo de alteración del orden. El Tribunal consideró que las prácticas derivadas del decreto de noche y niebla constituían malos tratos contra las víctimas así como una violación al honor y a los derechos de la familia reconocidos por la Convención de la Haya de 1907¹⁴. Señaló que el hecho de mantener a los prisioneros incomunicados junto a la negativa del régimen a proveer información sobre el paradero y situación de los detenidos constituía trato inhumano¹⁵. Esta decisión representó la primera enumeración de los elementos de la figura que había sido creada y aplicada por el régimen nazi y que podría ser hoy definida como desaparición forzada de personas: a) el arresto o la detención de las víctimas; b) llevada adelante por parte de las autoridades del Estado o del régimen de ocupación; c) negativa a proveer información sobre su paradero; d) generar un estado de angustia e incertidumbre sumada al temor generalizado en la población.

Los juicios de Nuremberg tienen además una relevancia especial porque el mariscal Wilhelm Keitel fue la primera persona condenada, implícitamente, por un tribunal internacional por el delito de desaparición forzada de personas, por su rol en la implementación del decreto de noche y niebla. Como en aquella época todavía no había sido aceptado internacionalmente que las desapariciones forzadas formaban parte del concepto de crímenes contra la humanidad¹⁶, el tribunal de Núremberg le

¹⁴ Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, 14 November 1945 - 1 October 1946, Vol. XXII, disponible en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-XXII.pdf, p. 475 y 476.

¹⁵ Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law Nº 10, October 1946-April 1949, Vol. III, disponible en http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-III.pdf, p. 1058.

¹⁶ El artículo 6 (c) del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg definía Crímenes contra la Humanidad de la siguiente manera: *“el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron”*. Documento disponible en http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATA_DOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf. Para un análisis del concepto de crimen contra la humanidad y su evolución véase Van Schaack, Beth, The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 37, Issue 3 (1999), pp. 787-850.

declaró culpable de crímenes de guerra¹⁷. El Tribunal sostuvo que Keitel había violado el derecho internacional y que las órdenes superiores de Hitler no eran excusa válida, independientemente de la legalidad interna de las medidas en Alemania¹⁸.

I.II. Evolución

El fenómeno de la desaparición forzada de personas resurgió como política sistemática de represión estatal durante los años 1960, cuando las fuerzas de seguridad de Guatemala comenzaron a utilizarlas como parte de su campaña de lucha contra la insurgencia y se extendió por un período de 30 años¹⁹. La Comisión para la Clarificación Histórica en Guatemala señaló que durante los años de guerra civil en ese país habrían desaparecido 45.000 personas²⁰. Esta estrategia fue adoptada por otros países de América Latina en los 70 y 80, cuando se instalaron allí regímenes militares en países como Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, entre otros. En su mayoría las víctimas consistían en opositores políticos, miembros de asociaciones locales²¹ o cualquier persona que pudiera constituir una amenaza para la seguridad del Estado. El método utilizado era, por lo general, similar en cada país y el operativo tenía como

¹⁷ Para un estudio sobre los orígenes y evolución del régimen nazi véase Evans, Richard, *La llegada del Tercer Reich*, Península, 2005, pp. 672; Evans Richard, *El Tercer Reich en guerra*, Península 2012, pp. 1210; Evans, Richard, *El Tercer Reich en el poder*, Península, 2012, pp. 880; Burleigh, Michael, *El Tercer Reich. Una nueva historia*, Taurus, 2002, pp. 916. Para un análisis desde la perspectiva de la justicia transicional véase Elster, Jon (2004). *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, pp. 312; también Teitel Ruti, *Transitional Justice*, Oxford University Press, USA, March 28, 2002, pp. 404.

¹⁸ King, Henry T. Jr., *Nuremberg and Sovereignty*, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 28, Issue 1 (Winter 1996), pp. 135-140, p. 136 y 137; en el mismo sentido Schabas, William, *Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach*, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 7, Issue 2 (Spring 1997), pp. 461-518.

¹⁹ Frey, Barbara A. *Los Desaparecidos: The Latin American Experience as a Narrative Framework for the International Norm against Enforced Disappearances*, en *Human Rights in Latin American and Iberian Cultures*. Ed. Ana Forcinito, Raúl Marrero-Fente, and Kelly McDonough. Hispanic Issues On Line 5.1 (Fall 2009): 52–72, pág. 54, disponible en http://spanport.cla.umn.edu/publications/HispanicIssues/pdfs/FREY_HRLAIC.pdf

²⁰ UN Working Group on Disappearances Concludes Visit to Guatemala, Guatemala City, 25 September 2006, disponible en <http://www.unhchr.ch/huricane/hurricane.nsf/view01/23DA25EB23F99481C12571FC0045B34C?opendocument>

²¹ Brody, Reed and González, Felipe, *Nunca Más: An Analysis of International instruments on "Disappearances"*, *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, Num. 2, 1997.

punto de partida el secuestro de las personas en horarios de noche o madrugada, por individuos cuya identidad se desconocía, utilizando vehículos no matriculados y conduciendo a los detenidos a centros clandestinos de detención. Como regla, las personas desaparecidas eran torturadas para obtener información sobre otros opositores al régimen y finalmente asesinadas; sus cuerpos simplemente desaparecían, sin dejar rastro alguno, hasta el punto de que en la actualidad, transcurridos más de 30 años de los hechos que han trascendido internacionalmente, sigue sin saberse la suerte o paradero de miles de personas en América Latina. En Argentina, por ejemplo, los denominados vuelos de la muerte tenían como finalidad arrojar los cuerpos de los disidentes al mar o al Río de la Plata y a fecha de hoy muchas personas continúan desaparecidas²². El recurso del Estado a este tipo de estrategia contra los opositores políticos respondía a lo que se ha denominado “terrorismo de Estado”²³ destinado a controlar a la población a través del miedo y el terror generalizado, porque que la estrategia no estaba dirigida solamente a la víctima directa y sus familiares sino también a la sociedad en su conjunto.

La desaparición forzada de personas es una estrategia política vinculada estrechamente con la impunidad porque los gobiernos responsables, al ocultar las circunstancias de las detenciones así como la identidad de sus autores, pretenden no dejar rastro alguno, asegurar el anonimato y, por lo tanto, excluir la responsabilidad por sus acciones. A su vez, la falta de un Poder Judicial independiente, ya sea por motivaciones políticas o bajo coacción, impide el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas y sus familiares con la consiguiente impunidad para los perpetradores. Las desapariciones forzadas se caracterizan además por la negación: negar la existencia de la persona desaparecida y negar a los familiares cualquier tipo de información al respecto. Es más, una de las razones por las que los Estados recurren a la práctica de

²² Para un detalle de los denominados vuelos de la muerte véase Verbitsky, Horacio, *El vuelo*, Buenos Aires, Ediciones Planeta, 1995; véase también Martínez, Diego, Vuelos de la muerte, Página 12, 6 de septiembre de 2009, disponible en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-131277-2009-09-06.html>. En una entrevista con el periodista español Carlos Herrera, Adolfo Scilingo afirmó que el número de personas desaparecidas por ese sistema ascendía a 4.400. La entrevista puede encontrarse en <http://www.belt.es/noticias/2005/enero/28/entrevista.htm>

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú y otros v. Paraguay, Sentencia de 22 de septiembre 2006. Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade.

desapariciones en lugar de ejecutar públicamente a los detenidos es evitar la rendición de cuentas y las posibles persecuciones penales contra los responsables²⁴. Por lo tanto, cuando se produce una desaparición forzada de personas el Estado no sólo priva de la libertad e incluso, en la mayoría de los casos, de la vida de la persona detenida, sino que lo hace clandestinamente, sin dejar rastro alguno y sin que el Estado pretenda demostrar que la persona está efectivamente desaparecida, dejando así a la víctima en un estado absoluto de indefensión²⁵, al no serle accesibles sus derechos y garantías del debido proceso ni el acceso a recursos que tienen como objeto a la protección de la persona contra detenciones arbitrarias, como es el *habeas corpus* o la acción de amparo en algunos países.

La expresión “desaparición forzada” como tal fue utilizada por primera vez a principios de los años 70 por diversas organizaciones no gubernamentales de protección de los derechos humanos en América Latina²⁶. El 13 de febrero de 1975, en ocasión de la situación de conflicto en Chipre, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas instó a los Estados a realizar esfuerzos para localizar a las personas sobre las que se desconocía su paradero²⁷. Al tratarse de un conflicto armado y por lo tanto regido por el derecho internacional humanitario (DIH), el término utilizado era el de “*persons unaccounted for*” o “*missing persons*”²⁸.

En 1977 y con relación a Chile, la Asamblea General de las Naciones Unidas expresó su preocupación por las “desaparición de personas por motivos políticos”²⁹ y

²⁴ Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente Manfred Nowak, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002.

²⁵ Gómez Camacho J.J., La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional, *Revista Mexicana de Política Exterior*, No. 66, México, 2007, página 28 y 29.

²⁶ Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente Manfred Nowak, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002,.

²⁷ Resolution 4 (XXXI) of the Commission on Human Rights on the Question of Human Rights in Cyprus, 13/02/1975.

²⁸ Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente Manfred Nowak, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002,, página 9.

²⁹ Resolución 32/118, 17 de diciembre de 1977.

el 20 de diciembre de 1978, por medio de la resolución 33/173 hizo referencia a la *“desaparición forzada o involuntaria de personas a causa de excesos cometidos por autoridades encargadas de hacer cumplir la ley o encargadas de la seguridad, o por organizaciones análogas”*. Por medio de esta resolución, que lleva el título *“Resolución 33/173 sobre Personas Desaparecidas”*, la Asamblea se mostraba preocupada por los informes que señalaban que en varios países se estaban produciendo desapariciones forzadas o involuntarias como así también por las dificultades para obtener información sobre el paradero de los detenidos y sobre la misma negativa de las autoridades a reconocer las detenciones. Ante esta situación la Asamblea pedía a los gobiernos realizar investigaciones rápidas e imparciales sobre las detenciones y a garantizar el respeto por los derechos humanos de los detenidos.

La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) reconoció oficialmente su existencia el 31 de octubre de 1979 cuando, por medio de la resolución 443, declaraba que la práctica de las desapariciones forzadas de personas era una afronta a la conciencia del Hemisferio. En la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la cuestión fue examinada por primera vez en el año 1975 en relación con las personas desaparecidas como consecuencia del conflicto armado en Chipre. En 1977, la ONU decidió establecer, con la participación del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), una comisión para investigar la suerte de los desaparecidos en aquel país y dos años más tarde, la Asamblea General adoptó una resolución sobre Personas Desaparecidas³⁰ por la que solicitaba a la hoy extinta Comisión de Derechos Humanos la aprobación de recomendaciones en la materia.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, establecido en 1977 de conformidad con el artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobó en julio de 1982 una observación general sobre el derecho a la vida en el que hacía alusión a las desapariciones. Si bien el Pacto Internacional no contiene una disposición específica sobre el derecho a no ser sometido a una desaparición forzada, el Comité dispuso que los Estados Partes debían tomar medidas concretas y eficaces

³⁰ de Frouville, Olivier, *Normes et recours internationaux en matière de disparitions forcées*, Intervention lors du colloque *“Pouvoirs publics et disparitions forcées en Méditerranée”*, organisé dans le cadre de la Coalition euro-méditerranée des familles de disparus, 20 avril 2002, Barcelone, Espagne.

para evitar la desaparición de individuos y asegurar la investigación a fondo de los casos de desapariciones, que muchas veces desembocaba en una privación arbitraria de la vida³¹.

En el año 1975, la Asamblea General de la ONU instó a las autoridades chilenas a clarificar la situación de las personas cuya suerte continuaba siendo incierta. Ante la falta de respuesta positiva del gobierno chileno, la Comisión de Derechos Humanos decidió el nombramiento de dos expertos, Félix Ermacora y Waleed Sadi para estudiar la cuestión de las personas desaparecidas en ese país. Mientras que el Sr. Sadi se vio obligado a renunciar por presiones políticas, el Sr. Ermacora presentó, en noviembre de 1979, un extenso y completo informe de la situación en el país sudamericano en el que, entre otras cosas, afirmaba que el gobierno chileno era responsable de al menos 600 casos de desapariciones y que estaba obligado a clarificar la suerte de esas personas, castigar a los responsables, compensar a los familiares y garantizar la no repetición en el futuro de este tipo de actos. Recomendó también una serie de medidas preventivas, como la prohibición de lugares secretos de detención, el mantenimiento de registros actualizados en los centros de detención, etc. y el desarrollo de medidas nacionales e internacionales para hacer frente al fenómeno de las desapariciones, fenómeno que se extendía también a otras regiones del mundo³².

El primer mecanismo temático de la Comisión de Derechos Humanos: el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas contra las desapariciones forzadas

El 29 de febrero de 1980, siguiendo las recomendaciones del Sr. Ermacora y por medio de la resolución 20 (XXXVI), la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones

³¹ Observación General Nº 6/16, 27 de Julio de 1982, para. 4, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G08/422/38/PDF/G0842238.pdf?OpenElement>

³² Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente Manfred Nowak, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, paras. 12, 13 y 14.

Unidas decidió establecer un Grupo de Trabajo sobre las desapariciones forzadas o involuntarias compuesto por cinco expertos independientes, formando así el primer “procedimiento temático” de la Comisión de Derechos Humanos³³, cuyas actividades continúan hasta nuestros días. Originariamente establecido por un período de un año, la continuidad de las actividades del Grupo de Trabajo ha sido renovada anualmente y, desde el año 1986, por períodos de tres años. Actualmente consta de 5 miembros: el Sr. Olivier de Frouville, (Francia), presidente y relator, nombrado en 2008; el Sr. Jeremy J. Sarkin, (Sudáfrica), nombrado en 2008; el Sr. Santiago Corcuera, (México), nombrado en 2004, la Sra. Jasminka Dzumhur (Bosnia y Herzegovina), nombrada in 2010, el Sr. Ariel Dulitzky (Argentina), nombrado en 2010 y el Sr. Osman El Hajjé (Líbano), nombrado en 2009. El Grupo de Trabajo se reúne en privado tres veces al año y entre los períodos de sesiones se reúne con representantes de gobiernos, organizaciones no gubernamentales, familiares y testigos. Su función consiste en asistir a los familiares de los desaparecidos en la determinación de la suerte de quienes hayan sido objeto de desaparición. Para ello, recibe las denuncias de los familiares y actúa como intermediario entre ellas y los gobiernos³⁴, cumpliendo una labor exclusivamente humanitaria. El Grupo no tiene como función atribuir o determinar la responsabilidad internacional del Estado denunciado o de las personas responsables sino que sólo se encarga de acercar a las partes para que se sepa lo acontecido y se determine la suerte de las personas desaparecidas. Sin embargo, no cualquier acto de desaparición es considerado por el Grupo de Trabajo, limitando su accionar al estudio de las desapariciones forzadas cometidas por agentes del gobierno o por particulares con la autorización o aquiescencia del Estado. Ello es así porque considera que la obligación de investigar y sancionar a los responsables de actos de naturaleza similar a las desapariciones forzadas pero sin la participación directa o indirecta del Estado corresponde al propio Estado en cuyo territorio se han producido³⁵. Por lo tanto, el Grupo de Trabajo no estudia los casos individuales de desaparición perpetrados por

³³ Livermore, Daniel and Ramcharan B.G., *Enforced or Involuntary Disappearances: An Evaluation of a Decade of United Nations Actions*, *Canadian Human Rights Yearbook*, Vol. 6, 1989-1990, página 221.

³⁴ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, How to use the WGEID, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/index.htm>

³⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Desapariciones forzadas o involuntarias*, Folleto informativo N° 6/Rev.3, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet6Rev3_sp.pdf, página 13.

grupos irregulares o insurgentes como tampoco aquellas desapariciones que se producen en el contexto de un conflicto armado internacional porque en estos casos es el Comité Internacional de la Cruz Roja quien cumple esa función, tal y como lo establecen los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977.

Para iniciar el procedimiento, el Grupo ha establecido un amplio abanico de legitimados activos: los familiares de las víctimas, organizaciones no gubernamentales, organizaciones internacionales y terceras personas deben presentar un formulario de base para las informaciones³⁶. Luego de un examen formal de la denuncia, el Grupo contactará al gobierno afectado³⁷ pidiéndole que realice investigaciones e informe de sus resultados. El Grupo puede también llevar adelante investigaciones *in situ*, examinar las prácticas y legislaciones que favorezcan la desaparición forzada así como identificar las medidas necesarias que deben adoptar los Estados para erradicar la práctica de la desaparición forzada. En aras del respeto de la independencia política y el principio de soberanía, las investigaciones *in situ* sólo pueden llevarse adelante con el consentimiento expreso de las autoridades de gobierno. Los casos se considerarán esclarecidos cuando se haya determinado claramente la suerte y el paradero de las personas desaparecidas como resultado de las investigaciones realizadas por el gobierno, las organizaciones no gubernamentales, las misiones del Grupo de Trabajo, independientemente de que las personas desaparecidas estén con vida o no.

El Grupo de Trabajo no es un órgano jurisdiccional y no se ocupa de establecer la responsabilidad de las personas o del Estado en los casos de desapariciones forzadas ni, por lo tanto, de juzgar o condenar a los responsables. No es su función en sentido estricto pero sus informes y comunicaciones pueden tener un efecto positivo en la lucha contra la impunidad, traducida en la realización de procesos judiciales contra los presuntos responsables, en la investigación sobre los hechos y el ejercicio del derecho a la verdad de las víctimas.

³⁶ Para un detalle de los datos del formulario de base, véase anexo 1.

³⁷ Para un análisis del funcionamiento de Grupo de Trabajo véase Capellà i Roig, Margalida, *Las "desapariciones forzadas" en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de derecho internacional sin reparación ni castigo*, Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. 6, 1999, pp. 265-302.

España figura entre los países con casos de desapariciones forzadas sin resolver en la actualidad, todos ellos por casos ocurridos durante la guerra civil y la dictadura franquista. El Grupo de Trabajo descartó originariamente su competencia para estudiar las desapariciones que hubiesen sucedido antes de la creación de las Naciones Unidas³⁸ pero sí la ha aceptado para casos posteriores, aunque es pertinente señalar que la decisión de no estudiar casos ocurridos con anterioridad a 1945 ha sido revocada recientemente³⁹. El Grupo de Trabajo ha transmitido 5 casos al gobierno español de los cuales uno ha sido clarificado en base a información facilitada por el gobierno mientras que los cuatro restantes siguen sin esclarecer al considerar el Grupo que la información facilitada por el gobierno era insuficiente. En su informe del año 2011, el Grupo recordó las obligaciones de España bajo la Declaración de 1992, en especial aquellas que disponen que las desapariciones forzadas deben ser investigadas hasta que se clarifique la suerte y el paradero de la persona desaparecida⁴⁰. Al año siguiente y en relación con España, el Grupo recordó que las desapariciones forzadas son prototípicos actos continuos que *“se extiende(n) por todo el período de tiempo en que el delito tiene lugar, es decir, hasta que el Estado reconoce la detención o proporciona información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida”* y que la violación persiste mientras no se hayan completado todos los elementos del delito o de la violación⁴¹. Por último, la inclusión de España como país con desapariciones forzadas pendientes de investigar y el anuncio del Grupo de su visita al

³⁸ Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Derechos Civiles y Políticos, Incluso Cuestiones de Desapariciones y Ejecuciones Sumarias, Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias, Presentado de conformidad con la resolución 2002/41 de la Comisión, 21 de enero de 2003, Doc. E/CN.4/2003/70, para. 247.

³⁹ Intercambio vía e-mail del autor con el presidente relator del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas contra las desapariciones forzadas, Sr. Jeremy Sarkin.

⁴⁰ Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Consejo de Derechos Humanos, 13º período de sesiones, Tema 3 de la agenda, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Doc. A/HRC/13/31, para. 502, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/177/04/PDF/G0917704.pdf?OpenElement>.

⁴¹ Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Consejo de Derechos Humanos, 16º período de sesiones, Tema 3 de la agenda, Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, Doc. A/HRC/13/31, para. 439, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/104/48/PDF/G1110448.pdf?OpenElement>

país para el año 2013 pone de manifiesto que la preocupación internacional por los casos sin resolver en el país es real y actual.

El marco jurídico internacional

Hasta el año 1992 no existía un instrumento internacional específico de protección de las personas contra las desapariciones forzadas a pesar de que el tema estaba presente en la agenda de las Naciones Unidas desde los años 1970. El primer paso en el proceso de institucionalización de la protección contra el fenómeno se produjo el 12 de febrero de 1992, cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó sin votación la resolución 47/133 sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Por su naturaleza, las declaraciones de la Asamblea General no tienen carácter vinculante para los Estados y son recomendaciones por las que se invita a los Estados a comportarse de un determinado modo y con la sola obligación de apreciar de buena fe lo contenido en la recomendación⁴². Esta característica diferencia a las resoluciones de la Asamblea de las del Consejo de Seguridad, que son de cumplimiento obligatorio y cuyo incumplimiento puede conllevar la adopción de sanciones, y de los tratados internacionales, por medio de los cuales los Estados han manifestado su consentimiento en obligarse al haberlo ratificado. Esto no significa, sin embargo, que las declaraciones de la Asamblea General no tengan ningún efecto y bajo ciertas circunstancias, pueden convertirse en elementos indicativos de derecho a ser tenidos en consideración por un tribunal internacional al momento de determinar si un Estado ha violado el derecho internacional⁴³. El Instituto de Derecho Internacional afirmó en el año 1987 que las resoluciones de la Asamblea General denominadas “declaraciones” podían servir para señalar la importancia de las normas enunciadas y tener efectos sobre el desarrollo

⁴² Remiro Brótons, Antonio; Riquelme Cortado, Rosa; Díez-Hochleitner, Javier; Orihuela Calatayud, Esperanza; y Pérez-Prat Durbán, Luis, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, página 301.

⁴³ Johnson, D. H. N., The Effect of Resolutions of the General Assembly of the United Nations, *British Yearbook of International Law*, 1955-56, Vol. 32, pp. 97-122, página 118. Para un análisis de los orígenes de las declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas véase Castañeda, Jorge, *Valor Jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas*, Ed. Colegio de México, Distrito Federal, 1967.

progresivo del derecho internacional⁴⁴, su consolidación y codificación⁴⁵, ejerciendo así un efecto en cuanto a la producción normativa⁴⁶. Algunos autores van más allá al afirmar que la Declaración Universal de 1948 tiene un carácter cuasi legal derivado de las constantes referencias que a ella se hacen⁴⁷. Carrillo Salcedo afirma que la Declaración es “*expresión de principios generales del Derecho sobre los que existe aceptación general*” y en especial el de la dignidad de la persona humana⁴⁸.

La Declaración de 1992 se convirtió en el primer instrumento de alcance universal en la materia y se ha erigido en la pieza clave sobre la que descansa la evolución del derecho internacional en materia de desaparición forzada o involuntaria de personas. Su adopción dio inicio al proceso de formación de una costumbre internacional en la materia, del mismo modo que la Declaración de 1984 contra la tortura constituyó el primer paso en el proceso de elaboración de una Convención

⁴⁴ Institut de Droit International, Session du Caire, 1987, L'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative (Treizième Commission, Rapporteur: M. Krzysztof Skubiszewski), Les Résolutions De l'Assemblée Générale des Nations Unies, disponible en http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1987_caire_02_fr.PDF. En el mismo sentido se ha expresado por ejemplo Carrillo Salcedo, Juan Antonio, Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos, página 170, en Manuel Pérez González et al, *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1437. Sobre el valor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como generador de un proceso de codificación en materia de protección internacional de los derechos humanos véase Pastor Ridruejo, José Antonio, Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 274, 1998, pp. 9-308, página 116.

⁴⁵ Institut de Droit International, Session du Caire, 1987, L'élaboration des grandes conventions multilatérales et des instruments non conventionnels à fonction ou à vocation normative (Treizième Commission, Rapporteur: M. Krzysztof Skubiszewski), Les Résolutions De l'Assemblée Générale des Nations Unies, disponible en http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1987_caire_02_fr.PDF

⁴⁶ Remiro Brótons, Antonio; Riquelme Cortado, Rosa; Díez-Hochleitner, Javier; Orihuela Calatayud, Esperanza; y Pérez-Prat Durbán, Luis, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, página 301.

⁴⁷ Ermacora, Félix, Human Rights and Domestic Jurisdiction (Article 2, §7, of the Charter), *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 124, 1968, pp. 371-452, página 429.

⁴⁸ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, página 177 y 178, en Manuel Pérez González et al, *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1437.

Internacional en el seno de las Naciones Unidas⁴⁹. Muchos de los principios enunciados en la Declaración de 1992 son declaratorios y reflejan la interpretación autorizada de ciertas normas bien establecidas en el derecho internacional, como por ejemplo el derecho de las familias a la verdad y la justicia y a una reparación adecuada que derivan a su vez del derecho a un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos⁵⁰.

El segundo instrumento en la protección contra este fenómeno fue la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada el 9 de junio de 1994 por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. Se trata del primer instrumento jurídicamente vinculante en la materia, pero sólo nivel regional. Es un tratado abierto a la adhesión de cualquier otro Estado ajeno al continente americano pero ninguno se ha adherido hasta la fecha. Consta de 23 artículos y ha sido ratificado por Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Nicaragua y Brasil la han firmado pero no ratificado. Chile ha sido el último país en ratificar con fecha 26 de enero de 2010. La Convención Interamericana entró en vigor el 28 de marzo de 1996 y hasta la fecha ha sido ratificada por 14 países: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Brasil y Nicaragua la han firmado pero no ratificado aún.

Tabla 1 Firma y ratificación de la Convención Americana contra las desapariciones forzadas

Estado	Fecha de firma	Fecha de ratificación
Argentina	10/06/1994	31/10/1995
Bolivia	14/09/1994	19/09/1996
Brasil	10/06/1994	
Chile	10/06/1994	13/01/2010
Colombia	05/08/1994	01/04/2005

⁴⁹ de Frouville, Olivier, *Normes et recours internationaux en matière de disparitions forcées*, Intervention lors du colloque « Pouvoirs publics et disparitions forcées en Méditerranée », organisé dans le cadre de la Coalition euro-méditerranée des familles de disparus, 20 avril 2002, Barcelone, Espagne, página 15.

⁵⁰ de Frouville, Olivier, *Normes et recours internationaux en matière de disparitions forcées*, Intervention lors du colloque « Pouvoirs publics et disparitions forcées en Méditerranée », organisé dans le cadre de la Coalition euro-méditerranée des familles de disparus, 20 avril 2002, Barcelone, Espagne, página 15.

Costa Rica	10/06/1994	20/03/1996
Ecuador	08/02/2000	07/07/2006
Guatemala	24/06/1994	27/07/1999
Honduras	10/06/1994	28/04/2005
México	04/05/2001	28/02/2002
Nicaragua	10/06/1994	
Panamá	05/10/1994	31/07/1995
Paraguay	08/11/1995	26/08/1996
Perú	08/01/2001	08/02/2002
Uruguay	30/06/1994	06/02/1996
Venezuela	10/06/1994	06/07/1998

Fuente: elaboración propia

Posteriormente, varias organizaciones no gubernamentales y expertos en la materia propusieron reforzar la protección contra las desapariciones con un texto universal de carácter vinculante en el marco de las Naciones Unidas, cuyo resultado fue la redacción de un Anteproyecto que fue aprobado por la Subcomisión de Derechos Humanos en agosto de 1998⁵¹ pero que nunca entró en vigor, aunque sería utilizado posteriormente como base para la Convención Internacional contra las desapariciones forzadas del año 2006.

Los instrumentos internacionales mencionados fueron acogidos positivamente pero su alcance resultó limitado; por sus propias características -la Declaración de Naciones Unidas de 1992 no es vinculante y la Convención Interamericana se aplica a los países de ese continente que la hayan ratificado-, no lograron ofrecer una protección universal, efectiva y completa que tuviera en cuenta no sólo los derechos de las víctimas sino también la responsabilidad del Estado y de los perpetradores en sus distintos grados de participación. La ausencia de un derecho a no ser sometido a una desaparición forzada condujo al Comité de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a considerar a la figura como un delito pluriofensivo -que viola un conjunto de derechos, como a la libertad personal, a la seguridad, a la personalidad jurídica, a no ser sometido a tratos

⁵¹ Para un detalle de la cuestión véase el informe presentado por Manfred Nowak, E/CN.4/2002/71 paras 49 y ss.

inhumanos o degradantes- y a construir un esquema de protección frente a casos de desapariciones forzadas basado en otros instrumentos internacionales como es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos⁵² o la Convención contra la tortura. La utilización de estos tratados permitió paliar la situación, determinar la responsabilidad internacional del Estado⁵³ y reconocer derechos a las víctimas y sus familiares. Sin embargo, estos desarrollos se enfrentaban a limitaciones importantes; por ejemplo, si bien el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos protege la mayoría de los derechos que se ven afectados por una desaparición forzada, no establece obligaciones específicas en materia de prevención, investigación, represión y cooperación internacional para combatir este fenómeno ni establece la obligación de los Estados de criminalizar en sus derechos internos el delito de desaparición forzada de personas⁵⁴.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se enfrentó a la misma situación porque el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, no contiene provisión alguna relativa a la protección de las personas frente a las desapariciones. Sin embargo, la falta de una disposición en este sentido no impidió que la Corte asumiera su competencia y, a través de una interpretación amplia de varios artículos del Convenio (el 2 (derecho a la vida), el 3 (prohibición de la tortura), el 5 (derecho a la libertad y seguridad), el 6 (derecho a un juicio justo) y el 13 (derecho a un remedio efectivo), ofreció protección a las víctimas de este fenómeno en el continente europeo.

Consciente de esta situación y sumado a la proliferación de casos de desaparición forzada en el mundo, la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas decidió designar, el 23 de abril de 2001, a un

⁵² de Frouville Olivier, La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire, *Droits Fondamentaux*, nº6, janvier-décembre 2006, página 2.

⁵³ Idem, página 2. En el mismo sentido Kyriakou N., Extraordinary rendition as a form of enforced disappearance, European University Institute, Department of Law, 3 June 2009, página 14.

⁵⁴ Andreu-Guzmán Fernando, The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance, *The Review of the ICJ - Impunity, crimes against humanity and forced disappearance*, Nº 62 – 63, Geneva, September 2001, página 5.

experto independiente para que examine el marco internacional existente en materia penal y de derechos humanos para la protección de las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias⁵⁵. El experto nombrado fue Manfred Nowak quien, el 8 de enero de 2002 presentó un informe detallado en el que exponía las lagunas en el derecho internacional en la materia y concluía que el marco jurídico internacional existente hasta ese momento era insuficiente. Frente a esta situación, recomendaba la adopción de un instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. En su opinión, ese instrumento podría adoptar varias formas: un tratado especial de derechos humanos (su opción preferida), un protocolo facultativo de la Convención de la Tortura o un protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁶.

En la misma sesión de abril de 2001, la Comisión de Derechos Humanos decidió a su vez el establecimiento de un Grupo de Trabajo inter-sesional para elaborar un borrador de documento normativo vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. El representante francés, Bernard Kessedjan fue nombrado relator especial. Durante 3 años de negociaciones, alrededor de 70 Estados así como varias organizaciones intergubernamentales intercambiaron sus puntos de vista sobre el mejor curso de acción. El corolario fue la adopción por consenso, en junio de 2006 del Consejo de Derechos Humanos de la Convención para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas y el 20 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, abierta para la firma en París el 6 de febrero de 2007 y redactada sobre la base del Anteproyecto de la Subcomisión de Derechos Humanos de 1998. A diferencia de la Declaración de 1992, la Convención Internacional es un instrumento jurídicamente vinculante al que, de momento, 91 países han firmado y 37 han ratificado. La Convención entró en vigor el 23 de diciembre de 2010. Por áreas geográficas, las ratificaciones de los se descompone de la siguiente manera: 10 Estados europeos (Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Bosnia y

⁵⁵ Cuestión de las desapariciones forzadas o involuntarias, Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/46.

⁵⁶ Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente Manfred Nowak, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, página 5.

Herzegovina, España, Francia, Holanda, Montenegro, Serbia); 13 Estados latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Honduras, México, Uruguay, Panamá, Perú, Paraguay); 7 Estados africanos (Burkina Faso, Gabón, Malí, Nigeria, Senegal, Túnez, Zambia); los restantes son Armenia, Japón, Irak y Kazajstán. La tabla 1 reseña el estado de situación de ratificación de la Convención Internacional de 2006.

Tabla 2 Estado de ratificaciones de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

País	Fecha de la firma	Fecha de la ratificación o accesión
Albania	06/02/07	08/11/07
Alemania	26/09/07	24/09/09
Argelia	06/02/07	
Argentina	06/02/07	14/12/07
Armenia	10/04/07	24/01/11
Austria	06/02/07	07/06/12
Azerbaiyán	06/02/07	
Bélgica	06/02/07	02/06/11
Benín	19/03/10	
Bolivia	06/02/07	17/12/08
Bosnia Herzegovina	06/02/07	30/03/12
Brasil	06/02/07	29/11/10
Bulgaria	24/09/08	
Burkina Faso	06/02/07	03/12/09
Burundi	06/02/07	
Camerún	06/02/07	
Cabo Verde	06/02/07	
Chad	06/02/07	
Chile	06/02/07	08/12/09
Colombia	27/09/07	11/07/12
Comoros	06/02/07	
Congo	06/02/07	
Costa Rica	06/02/07	16/02/12
Croacia	06/02/07	
Cuba	06/02/07	02/02/09
Chipre	06/02/07	
Dinamarca	25/09/07	
Ecuador	24/05/07	20/10/09
Finlandia	06/02/07	
Francia	06/02/07	23/09/08
Gabón	25/09/07	19/01/11

Ghana	06/02/07	
Grecia	01/10/08	
Grenada	06/02/07	
Guatemala	06/02/07	
Haití	06/02/07	
Holanda	29/04/08	23/03/11
Honduras	06/02/07	01/04/08
India	06/02/07	
Indonesia	27/09/10	
Irlanda	29/03/07	
Islandia	01/10/08	
Italia	03/07/07	
Irak		23/11/10 a
Japón	06/02/07	23/07/09
Kazajstán		27/02/09 a
Kenia	06/02/07	
Laos	29/09/08	
Lesoto	22/09/10	
Líbano	06/02/07	
Liechtenstein	01/10/07	
Lituania	06/02/07	
Luxemburgo	06/02/07	
Madagascar	06/02/07	
Maldivas	06/02/07	
Malí	06/02/07	01/07/09
Malta	06/02/07	
México	06/02/07	18/03/08
Mónaco	06/02/07	
Mongolia	06/02/07	
Montenegro	06/02/07	20/09/11
Marruecos	06/02/07	
Mozambique	24/12/08	
Níger	06/02/07	
Nigeria		27/07/09 a
Noruega	21/12/07	
Panamá	25/09/07	24/06/11
Paraguay	06/02/07	03/08/10
Perú		27/09/12 a
Portugal	06/02/07	
Moldavia	06/02/07	
Rumania	03/12/08	
Samoa	06/02/07	27/11/12
Senegal	06/02/07	11/12/08
Serbia	06/02/07	18/05/11
Sierra Leona	06/02/07	
Suiza	19/01/11	

Eslovaquia	26/09/07	
Eslovenia	26/09/07	
España	27/09/07	24/09/09
San Vicente y Granadinas	29/03/10	
Suazilandia	25/09/07	
Suecia	06/02/07	
Macedonia	06/02/07	
Togo	27/10/10	
Túnez	06/02/07	29/06/11
Uganda	06/02/07	
Tanzania	29/09/08	
Uruguay	06/02/07	04/03/09
Vanuatu	06/02/07	
Venezuela	21/10/08	
Zambia	27/09/10	04/04/11

Fuente: elaboración propia con datos obtenidos de la colección de tratados de las Naciones Unidas, disponible en http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en

Tabla 3 Firma y ratificación de la Convención Internacional de 2006 en los países miembros de la Unión Europea

Estado miembro	Fecha de firma	Fecha de ratificación
Alemania	26/09/2007	24/09/09
Austria	06/02/2007	07/06/12
Bélgica	06/02/2007	02/06/11
Bulgaria	24/09/2008	
Chipre	06/02/2007	
Dinamarca	25/09/2007	
Eslovaquia	26/09/2007	
Eslovenia	26/09/2007	
España	27/09/2007	24/09/09
Finlandia	06/02/2007	
Francia	06/02/2007	23/09/08
Grecia	01/10/2008	
Holanda	24/04/2008	23/03/11
Irlanda	29/03/2007	
Italia	03/07/2007	
Lituania	06/02/2007	
Luxemburgo	06/02/2007	
Malta	06/02/2007	
Portugal	06/02/2007	
Rumania	03/12/2008	
Suecia	06/02/2007	

Fuente: elaboración propia con datos obtenidos de la colección de tratados de las Naciones Unidas, disponible en http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en

De la tabla 3 se extrae que 21 de los 27 Estados Miembros de la Unión Europea han firmado la Convención pero sólo 6 la han ratificado (Alemania, Austria, Bélgica, España, Holanda y Francia). Los 6 países que no la han firmado son: Estonia, Hungría, Letonia, República Checa, Polonia y Reino Unido. Francia, España, Alemania y Holanda remarcablemente han hecho declaraciones reconociendo la competencia del Comité. España ratificó la Convención el 24 de septiembre de 2009 y, al hacerlo, asumió las obligaciones derivadas de la Convención, entre ellas la de investigar las desapariciones, reparar a las víctimas y tipificar el delito de desaparición forzada de personas en su derecho interno. Durante el año 2010, el gobierno español ha presentado un proyecto de reforma del Código Penal bajo la premisa de fortalecer la lucha contra la impunidad. Todo indicaba que era el momento idóneo para la inclusión de este delito en la reforma. Sin embargo, es de lamentar que no se haya cumplido la obligación de tipificar el delito en el derecho interno. Esta falta de cumplimiento ha sido calificada por la presidente de Amnistía Internacional España de “bochornosa” y “preocupante”⁵⁷.

En América Latina la situación es diferente. 17 países han firmado la Convención, más de la mitad (12) la han ratificado entre el período 2007-2012. Es cierto que la existencia de la Convención Interamericana puede haber facilitado la ratificación en estos países, en cuando la Convención Internacional recoge obligaciones de aquella. Como hemos visto, varios países ya han tipificado el delito de desaparición en sus legislaciones penales respectivas. No obstante este hecho, el resto de los Estados de la comunidad internacional debería seguir el ejemplo, ratificar la Convención Internacional lo antes posible y asumir las obligaciones internacionales de ella que desembocaría, sin dudas, en una protección más amplia de los derechos humanos.

⁵⁷ Ruiz-Giménez Itziar, Código Penal: ¿dónde están los crímenes más graves?, *El País*, 20/03/2010.

Tabla 4 Firma y ratificación de la Convención Internacional de 2006 en América Latina

Estado	Fecha de firma	Fecha de ratificación
Argentina	06/02/2007	14/12/07
Bolivia	06/02/2007	17/12/08
Brasil	06/02/2007	29/11/10
Chile	06/02/2007	08/12/09
Colombia	27/12/2007	08/12/09
Costa Rica	06/02/2007	16/02/12
Cuba	06/02/2007	02/02/09
Ecuador	24/05/2007	20/10/09
Grenada	06/02/2007	
Guatemala	06/02/2007	
Haití	06/02/2007	
Honduras	06/02/2007	01/04/08
México	06/02/2007	18/03/08
Panamá	25/09/2007	24/06/11
Paraguay	06/02/2007	03/08/10
Uruguay	06/02/2007	04/03/09
Venezuela	21/10/2008	

Fuente: elaboración propia con datos obtenidos de la colección de tratados de las Naciones Unidas, disponible en http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en

I.III. Definición y elementos de la desaparición forzada de personas

La primera aproximación a la definición de desaparición forzada en un instrumento internacional se encuentra en el párrafo tercero del preámbulo de la Declaración de 1992 de las Naciones Unidas, en el que señala que la desaparición se compone de los siguientes elementos: a) el arresto, detención o traslado de la persona contra su voluntad; b) por agentes gubernamentales o por grupos de personas que actúan a nombre del gobierno o con su apoyo directo o indirecto, su autorización o asentimiento; c) la negación a revelar la suerte y el paradero de esas personas o bien el reconocimiento de que esas personas se encuentran detenidas. La participación del Estado, ya sea de forma directa o indirecta, era un elemento fundamental de la figura y el preámbulo no hacía distinción entre la legalidad de la detención que da origen a la

desaparición, es decir, puede tratarse tanto de una detención abiertamente ilegal o bien legal que posteriormente diese lugar a una desaparición. La figura viola, en primer lugar, el derecho a la libertad y la seguridad de la persona y si tenemos en cuenta las experiencias latinoamericanas, las desapariciones continuaban con el uso de torturas para extraer informaciones o testimonios de los detenidos. En la mayoría de las ocasiones, la desaparición traía aparejada la muerte de la del detenido pero la situación de incertidumbre perduraba en el tiempo porque el Estado se negaba a facilitar información sobre la suerte y el paradero de la persona o la existencia de cualquier registro.

La tendencia internacional en el año 1992 era definir a la desaparición forzada de personas no como un delito autónomo y específico sino como la violación de varios derechos reconocidos en normas internacionales que garantizaban, entre otros, el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona, el derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, muchos de los cuales son derechos inderogables⁵⁸. Se trataba de una enumeración no exhaustiva de los derechos violados y reflejaba indirectamente la complejidad del fenómeno al punto que se lo consideraba como un delito pluriofensivo. De acuerdo con el artículo 7 de la Declaración, ninguna circunstancia podía ser invocada para justificar las desapariciones forzadas, incluyendo el estado de guerra, la inestabilidad política o incluso el estado de excepción. El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas reconoció también, en concordancia con la Declaración, que una desaparición forzada puede violar una amplia gama de derechos, no sólo civiles y políticos sino también económicos, sociales y culturales, como por ejemplo:

- El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica;
- El derecho a la libertad y seguridad de la persona;
- El derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes;
- El derecho a la vida, en caso de muerte de la persona desaparecida;
- El derecho a una identidad;

⁵⁸ Artículo 1, párrafo 2 de la Declaración de Naciones Unidas contra las desapariciones forzadas, 1992.

- El derecho a un juicio imparcial y a las debidas garantías judiciales;
- El derecho a un recurso efectivo, con reparación e indemnización;
- El derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición
- El derecho a la protección y a la asistencia a la familia;
- El derecho a un nivel de vida adecuado;
- El derecho a la salud
- El derecho a la educación⁵⁹.

La Convención Interamericana, adoptada en 1994, no reconoció tampoco el derecho a no ser sometido a una desaparición como derecho autónomo y se unía así a la corriente que por aquel entonces definía a la desaparición forzada como una violación de múltiples derechos esenciales de la persona humana y de carácter inderogable, tal y como lo hacía la Declaración de 1992. La Convención Interamericana considera a las desapariciones como una afrenta a la conciencia del Hemisferio, una grave amenaza al derecho a la vida y una violación de las normas del derecho internacional que garantizan, entre otros, el derecho a ser reconocido como persona ante la ley, el derecho a la libertad y la integridad personal, el derecho a no ser sometido a torturas ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes⁶⁰.

En el artículo II de la Convención Interamericana se encuentra la definición de desaparición forzada que contiene los siguientes elementos: a) la privación de la libertad, cualquier sea su forma, b) cometida por agentes del Estado o con su apoyo o aquiescencia, c) seguida de la negativa a reconocer dicha privación o de informar sobre su paradero, y d) impidiendo así el ejercicio de los recursos legales y garantías procesales. La necesaria participación directa o indirecta del Estado sigue presente en la definición del fenómeno no contemplando en su definición las desapariciones que pudieran producirse por agentes no estatales. Por lo tanto, una privación de la libertad perpetrada por particulares no sería considerada como desaparición forzada de

⁵⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Desapariciones forzadas o involuntarias, Folleto informativo N° 6/Rev.3, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet6Rev3_sp.pdf

⁶⁰ Preámbulo, Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994, en el vigésimo cuarto período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.

personas sino simplemente como una privación ilegítima de la libertad o secuestro, figura presente en todos los Códigos penales nacionales y frente a la que el Estado debe responder por medio de su legislación penal. La definición de la Convención Interamericana es más amplia que la de la Declaración de 1992 porque al referirse a la detención incluye cualquier forma de privación de la libertad.

Como he señalado, la ausencia en el derecho internacional en la materia de un derecho específico a no ser sometido a una desaparición forzada o involuntaria condujo a definir a la figura a través de la enumeración de los derechos individuales reconocidos por el derecho internacional que se veían afectados por su ocurrencia. Consciente de esta situación, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encomendó a Manfred Nowak la elaboración de un informe en el que estudiase las lagunas del derecho internacional en materia de desaparición forzada de personas. Nowak sugirió dos vías de acción: la primera, el establecimiento de un derecho autónomo, inderogable, a no ser víctima de una desaparición forzada; la segunda, especificar de manera vinculante que el acto que conduce a una desaparición forzada constituía, además de una privación arbitraria de la libertad, un trato inhumano y degradante (incompatible con el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), como así también una grave amenaza al derecho a la vida y una violación al derecho a tener un recurso efectivo ante una autoridad nacional⁶¹. La primera alternativa era, en su opinión, la más adecuada y es la que, finalmente, ha sido recogida en el texto de la Convención Internacional de 2006 en su artículo 1.1 que dispone que nadie será sometido a una desaparición forzada, reconociendo expresamente por primera vez el derecho específico a no ser víctima de una desaparición forzada. El artículo 1 ha sido redactado en los mismos términos que la Declaración Universal de Derechos Humanos. Se trata de un paso remarcable, tal vez uno de los más significativos⁶², porque la desaparición forzada *per se* está prohibida y no depende de que se produzca en el contexto de un ataque sistemático o

⁶¹ Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente Manfred Nowak, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002.

⁶² Anderson, Kirsten, How Effective is the International Convention for the Protection of All Persons From Enforced Disappearance Likely to be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearance?, *Melbourne Journal of International Law*, 2006, Vol. 11, Num. 7 (2).

generalizado contra la población civil, es decir, como crimen contra la humanidad, tal y como se requiere en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional⁶³.

Junto al reconocimiento de este nuevo derecho en el texto de la Convención Internacional de 2006 surgió la cuestión de los elementos constitutivos del delito de desaparición forzada. A pesar de que se trató de uno de los temas más debatidos durante los *travaux préparatoires*⁶⁴, sí hubo consenso entre las delegaciones acerca de la existencia de tres elementos esenciales que están recogidos tanto en la Declaración de 1992, en la Convención Interamericana de 1994 y en el Anteproyecto de 1998, a saber:

- 1) el arresto, detención, secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad;
- 2) obra de agentes del Estado o por personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado;
- 3) el ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida

El artículo 2 de la Convención Internacional define a la desaparición forzada como *“el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley”*.

Toda desaparición forzada contiene al menos tres elementos constitutivos y una consecuencia directa. En primer lugar, la privación de la libertad; en segundo lugar la participación del Estado; en tercer lugar el ocultamiento de la víctima o la negativa a dar información sobre la suerte de la persona. La consecuencia directa es la sustracción de la persona a la protección de la ley. En cuanto al primer elemento, la privación de la libertad, cualquiera sea la forma que adopte es el elemento

⁶³ Artículo 7.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998.

⁶⁴ Para un estudio sobre el recurso a los *travaux préparatoires* como mecanismo para la interpretación de los tratados véase Lauterpacht, Hersch, *Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 48, 1934, pp. 709-818.

indispensable para el inicio de la figura. Si bien en la mayoría de los casos la privación de la libertad se produce sin seguir los procedimientos legales, puede suceder también que la detención se produzca siguiendo una orden judicial y, por lo tanto, bajo un velo de legalidad, y que recién después de esto las autoridades conduzcan a los detenidos a lugares clandestinos de detención, rechacen proveer información o poner la persona a disposición de las autoridades judiciales. Por lo tanto, la privación de la libertad puede ser en cualquiera de sus formas y la detención originaria ser legal (siguiendo los procedimientos autorizados y con garantías para luego devenir en clandestina) o ilegal. El segundo elemento característico es la participación del Estado, ya sea en forma directa, a través de sus agentes o por medio de la aquiescencia de esta práctica en su territorio por parte de personas ajenas a las instituciones estatales. La necesaria participación del Estado, en cualquiera de las formas mencionadas, es el elemento definitorio y característico y así ha sido sostenido por organizaciones de la sociedad civil que no contemplan la existencia de una desaparición forzada sin la participación del Estado. En estos casos no podríamos hablar de desaparición forzada sino más bien de la figura de privación ilegítima de la libertad que debe ser enfrentada por el Estado. La negativa de las autoridades a informar sobre el paradero o la suerte de la persona desaparecida es el tercer elemento constitutivo de la desaparición y también es esencial porque al ser el Estado quien puede realizar las detenciones es él el responsable de la información y además el encargado de llevar registros detallados; y resulta clave porque la negativa no sólo afecta al desaparecido sino también a sus familiares, generando angustia y desesperación. La negativa incluye la propia existencia de la detención pero se extiende también al otorgamiento de información sobre el paradero de la persona desaparecida. Esta negativa tiene como consecuencia directa la sustracción de la persona a la protección de la ley, aunque de los *travaux préparatoires* de la Convención Internacional de 2006 se desprende que este fue una de los temas que mayor controversia generó entre las delegaciones. Dos posiciones contrapuestas se enfrentaban: por un lado, la de aquellas delegaciones para las que la definición implicaba el reconocimiento de 4 elementos indispensables para que tuviera lugar el delito de desaparición y, por otro lado, la de aquellos que consideraban que los elementos eran tres y que el supuesto cuarto elemento no era más que el resultado o la consecuencia de los tres elementos constitutivos previos. Las delegaciones de países

como China, Egipto, Reino Unido⁶⁵ y Estados Unidos apoyaban la primera posición. La delegación de los Estados Unidos, por ejemplo, dejó muy en claro desde el principio que una definición de la desaparición forzada debía ser lo suficientemente precisa y que para ello la inclusión expresa de un elemento intencional resultaba extremadamente importante⁶⁶. La mayoría de las delegaciones señalaron, sin embargo, la necesidad de excluir el elemento subjetivo porque implicaba una limitación excesiva que atentaría contra la efectividad de la justicia criminal⁶⁷. Se trata, en efecto, de una exclusión pertinente porque la prueba del conocimiento del delito es de muy difícil comprobación. Por lo tanto, la inclusión de un elemento subjetivo, por lo tanto, hubiese limitado el alcance de la definición y complicaría la carga de la prueba⁶⁸. Además, puede ser que la persona que lleva adelante la detención no supiera que ese acto fuera la primera fase de una desaparición forzada destinada a sustraer a una persona de la protección de la ley. Como se puede apreciar, no existe en esta definición ningún elemento subjetivo, elemento que sí existía en el Anteproyecto de 1998, artículo 2, párrafo 1 y en el que se requería que el autor supiera o tuviera que haber sabido que el delito estaba siendo cometido. Delegaciones de países como la Argentina y las organizaciones no gubernamentales mantenían esta segunda posición, que encontraba sustento además en el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas para el que la sustracción de la persona a la protección de la ley era una consecuencia del delito y no un elemento constitutivo⁶⁹. Se trata de una posición previsible ya que resulta pertinente recordar que el propio Grupo, en sus actividades, acepta denuncias de particulares sin exigir que la fuente demuestre la intención de sustraer a la persona

⁶⁵ El representante del Reino Unido en la Asamblea General reiteró esta posición luego de que la Asamblea aprobara la Convención Internacional.

⁶⁶ Esta información ha sido extraída de un documento desclasificado en junio de 2009 por la Administración americana y que puede consultarse en el siguiente link: <http://big.assets.huffingtonpost.com/Declassified1.pdf>. También puede consultarse en <http://big.assets.huffingtonpost.com/Declassified2.pdf>

⁶⁷ Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente Manfred Nowak, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, para. 40.

⁶⁸ Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 1463, 3 October 2005.

⁶⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Desapariciones forzadas o involuntarias, Folleto informativo Nº 6/Rev.3.

de la protección de la ley⁷⁰. En nuestra opinión, la sustracción de la persona a la protección de la ley es una consecuencia del delito indisociable porque la negativa a reconocer la detención o a otorgar información sobre la suerte o el paradero del detenido conlleva automáticamente la imposibilidad para la víctima y sus familiares de cuestionar su detención ante un juez competente o, de hacerlo, no obtener respuesta efectiva y de tener acceso a las garantías del debido proceso propias del Estado de Derecho. La diferencia de opiniones no fue resuelta expresamente en la Convención Internacional de 2006 dejando, según el Presidente del Grupo de Trabajo, en manos del legislador nacional la posibilidad de interpretar la sustracción a la protección de la ley como un elemento constitutivo de la definición o no. También se dejaba a discreción de los Estados la posibilidad de realizar una declaración interpretativa al momento de la ratificación⁷¹.

Por último, algunas delegaciones que participaron de los *travaux préparatoires* sugirieron la inclusión de un elemento temporal o de duración, es decir, que la detención o la desaparición fuera “por un período prolongado de tiempo”. Esta proposición se encontró, sin embargo, con la oposición de otras delegaciones que consideraban que la desaparición forzada de personas existía desde el momento mismo de la detención o el arresto e independientemente su duración. Si comparamos la definición recogida en la Convención Internacional de 2006 con la de Estatuto de la Corte Penal Internacional, vemos rápidamente que este último ha optado por una definición más restrictiva al requerir que la intención de sustraer a la persona de la protección de la ley sea “por un período prolongado de tiempo” (pero sin aclarar qué entiende por período prolongado). En los Elementos de los Crímenes⁷² redactados por la Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional tampoco hay una definición al respecto. En este sentido, podría producirse una cierta incompatibilidad si los Estados

⁷⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Desapariciones forzadas o involuntarias, Folleto informativo Nº 6/Rev.3, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet6Rev3_sp.pdf, página 14.

⁷¹ Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. “Los Derechos Civiles y Políticos, en particular las cuestiones relativas a las Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias”. E/CN.4/2006/57, 2 de febrero de 2006, para 93.

⁷² Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, La Corte Penal Internacional, Los Elementos de los Crímenes, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000).

han introducido en su derecho interno el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de acuerdo a la definición establecida en el Estatuto de la Corte y la obligación del Estado a través de la Convención Internacional de 2006 de tipificar en su derecho interno la desaparición forzada personas. Como hemos dicho, las restricciones que impone el Estatuto no están presentes en la definición de la Convención, por lo que quedará al arbitrio del Estado en cuestión la adecuación de su legislación frente al crimen de desaparición forzada cuando es cometido como parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil.

El apartado 2 del artículo 1 de la Convención Internacional de 2006 prohíbe, bajo ningún concepto, la justificación del delito de desaparición forzada. No podrán aducirse la existencia de un estado de guerra, inestabilidad política u otra situación de emergencia como justificación de la desaparición forzada. La inderogabilidad había sido señalada ya por el juez Antonio Cançado Trinidad en el año 1996, en su voto razonado sobre las excepciones preliminares en el caso *Blake vs Guatemala*, cuando afirmó que la prohibición del delito de desaparición de personas era del dominio del *ius cogens*, de las normas imperativas del derecho internacional general⁷³. Posteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se haría eco al decidir el caso *Goiburú vs Paraguay* y señalaría que la prohibición de la tortura y las desapariciones forzadas habían alcanzado el carácter de normas de *ius cogens* y que esas conductas afectaban valores o bienes trascendentales de la comunidad internacional⁷⁴.

⁷³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake Vs. Guatemala, Sentencia de 2 de julio de 1996, Excepciones Preliminares, Voto Razonado Juez A.A. Cançado Trinidad, para. 11. En el mismo sentido se ha expresado Orentlicher para quien existe consenso en afirmar que el derecho consuetudinario reconoce a la prohibición de la tortura, ejecuciones sumarias y desapariciones forzadas como normas de *ius cogens*. Orentlicher, Diane, Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime, *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, página 2582.

⁷⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Goiburú y otros vs Paraguay, 22 de septiembre de 2006, para 128. También en el Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2011, para. 99.

Por último, el recurso o derecho de *habeas corpus* adquiere una relevancia particular⁷⁵ en los casos de desaparición forzada porque es un instrumento jurídico destinado a evitar detenciones arbitrarias y protege la libertad ambulatoria y el derecho de todo detenido a ser presentado en un plazo determinado ante un juez competente para que este examine la legalidad su detención. Durante las dictaduras latinoamericanas, el *habeas corpus* careció de efectividad porque al no haber sido la persona detenida legalmente sino de forma clandestina (aunque como hemos dicho una desaparición puede comenzar también con una detención legal) ni reconocida su detención por parte de los regímenes represivos, era muy difícil que las solicitudes pudiesen prosperar, bien porque los jueces no tenían constancia de la detención o bien por miedo a una represalia por parte del régimen represivo existente. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en una opinión, que la experiencia ha demostrado que el derecho a la vida y a no ser sometido a un trato inhumano se ven amenazados cuando el derecho de *habeas corpus* es parcial o totalmente suspendido. Por el contrario, en un Estado de Derecho es normal que un órgano jurisdiccional autónomo e independiente ejerza el control sobre la legalidad de la detención. En otro caso, la Corte Interamericana señaló que el derecho a un recurso efectivo ante un juez competente era uno de los pilares fundamentales de la Convención Americana y la verdadera expresión del Estado de Derecho en una sociedad democrática y que la ineficacia del derecho de *habeas corpus* como consecuencia de una desaparición forzada no excluía una violación del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos relativo a la protección judicial⁷⁶. La importancia y valía del *habeas corpus* ha sido puesta de manifiesto por varios Estados americanos, por ejemplo en Bolivia, Chile, Ecuador y Colombia. La Constitución de la República Argentina es interesante en esta materia porque, además de concederle

⁷⁵ Habeas Corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2) and 7(6) of the American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-8/87, January 30, 1987, Inter-American Court of Human Rights (Ser. A) No. 8 (1987), paras 35-36, 40.

⁷⁶ Castillo Páez Case, Pleadings, Oral Arguments and Documents, Judgment of November 27, 1998, Inter-American Court of Human Rights, (Ser. D) No. 43 (1998), para. 82.

rango constitucional a la acción de *habeas corpus*, afirma que puede ejercerse en casos de desapariciones forzadas y aún en vigencia de un estado de sitio⁷⁷.

⁷⁷ El Artículo 43 de la Constitución de la República Argentina reformada en 1994 dice: “*Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio*”.

I.IV. La característica distintiva de la desaparición: el carácter permanente

La naturaleza del delito

Existen hechos delictivos de naturaleza instantánea y otros de naturaleza continuada o permanente⁷⁸. Mientras que en los primeros el hecho se extingue con la realización del acto en sí, por ejemplo, en un homicidio con la muerte de la víctima, en los segundos el hecho continúa durante un período de tiempo que se extiende más allá del inicio del hecho ilícito. Algunos autores definen al delito permanente en función del bien jurídico afectado⁷⁹ y otros en función de la acción ejecutada⁸⁰, pero todos ellos tienen como denominador común el elemento de la permanencia o duración en el tiempo⁸¹. Para Lloria García, son delitos permanentes “*aquellos comportamientos (activos u omisivos) que suponen la creación de un estado antijurídico (de lesión o de peligro) para el bien jurídico protegido que se pueden mantener a lo largo de un período de tiempo más o menos dilatado por la voluntad del autor y que termina cuando se levanta dicho estado antijurídico*”. En su opinión, la detención ilegal es el ejemplo por excelencia de un delito permanente⁸².

La desaparición forzada de personas es considerado un delito de ejecución permanente que se inicia con la privación de la libertad, continúa con la incomunicación y sólo termina cuando se da cuenta del paradero y suerte de la persona desaparecida y se entregan los restos a sus familiares, en caso de muerte⁸³. La

⁷⁸ Para un análisis del delito continuado véase Choclán Montalvo, José Antonio, *El delito continuado*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997; también Lloria García, Paz, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Editorial Comares, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Granada, 2006, pp. 165; Parayre, Sonia, La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Num. 29 (1999).

⁷⁹ Cobo del Rosal M. y Vives Antón, T., *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1987, página 443.

⁸⁰ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Ed Reppetor, Barcelona, 2004, página 227.

⁸¹ Lloria García, Paz, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Editorial Comares, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Granada, 2006, pp. 165, página 14.

⁸² Lloria García, Paz, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Editorial Comares, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Granada, 2006, pp. 165, página 39.

⁸³ Proyecto de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, texto del proyecto de artículos con sus comentarios, aprobado por la Comisión en su 53º período de sesiones, 2001, página 134.

permanencia de la incertidumbre acerca de la suerte y paradero de la persona desaparecida forma parte de la propia figura⁸⁴. Meini sostiene que la desaparición forzada no significa desconocimiento del destino del sujeto sino de su localización “*en tanto sujeto a quien se protege jurídicamente la personalidad*”⁸⁵. La Corte Interamericana ha señalado que la desaparición forzada viola el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica porque se deja a la víctima en una situación de indeterminación jurídica que obstaculiza o anula la posibilidad de la persona de ser titular o ejercer en forma efectiva sus derechos⁸⁶. La situación continúa o perdura todo el período de tiempo durante el cual el crimen no se ha completado y si bien la desaparición forzada vulnera una serie de derechos, por ejemplo, el derecho a la vida, la libertad, la seguridad, al reconocimiento de la personalidad jurídica, se trata de un acto único y consolidado y no una combinación de ellos⁸⁷, debiendo ser considerado como un todo indivisible y no una sumatoria de derechos violados. El reconocimiento de un derecho autónomo en el artículo 1 de la Convención Internacional de 2006 confirma esta noción. En caso de muerte, la desaparición sólo cesa con la entrega del cuerpo a sus familiares para darles digna sepultura⁸⁸. Ambos y Kohm afirman que la Corte Interamericana, en el caso *Blake vs Guatemala*, al reconocer como víctimas no sólo a la persona desaparecida sino también a sus familiares cercanos ha dejado sentado las consecuencias en la permanencia del delito porque el cese de la ejecución del mismo no se cumpliría, por ejemplo, con la determinación de la muerte de la persona desaparecida sino con el esclarecimiento de las circunstancias de su

⁸⁴ Nissel Alan, Continuing Crimes in the Rome Statue, *Michigan Journal of International Law*, 2003-2004, página 668.

⁸⁵ Meini, Iván, Perú, página 118, en Ambos, Kai (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Editorial Temis, Bogotá, 2009, pp. 251.

⁸⁶ Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2011, para. 92.

⁸⁷ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on Enforced Disappearance as a Continuous Crime, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GC-EDCC.pdf>

⁸⁸ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on Enforced Disappearance as a Continuous Crime, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GC-EDCC.pdf>

desaparición⁸⁹. Esta particularidad de la desaparición forzada de personas es su característica distintiva que permite diferenciarla de otros tipos de delitos con efectos permanentes, como por ejemplo el delito de lesiones, cuyas consecuencias continúan hasta que las mismas sanen⁹⁰.

El reconocimiento del carácter continuado en el derecho internacional

En el año 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció que la desaparición forzada de personas generaba una situación permanente de violaciones a los derechos humanos al expresar *“su profunda preocupación por el hecho de que, si bien se toma nota de que no se ha informado de personas desaparecidas en Chile durante 1978 y 1979, las numerosas personas que desaparecieron entre septiembre de 1973 y fines de 1977 y cuyo paradero aún se desconoce constituyan una permanente situación de violaciones patentes y flagrantes de derechos humanos”*⁹¹.

La permanencia de la situación de violación de los derechos humanos fue reconocida en un instrumento internacional por primera vez en la Declaración de Naciones Unidas del año 1992 y desde ese momento ha sido una constante en los siguientes. El artículo 17 de la Declaración⁹² reconoce la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida pero también mientras no se hayan esclarecido los hechos, lo que se logra cuando la persona ha sido liberada, cuando el Estado ha

⁸⁹ Ambos, Kai y Bohm, María Laura, La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo, pp. 151-291, página 236, en Ambos, Kai (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Editorial Temis, Bogotá, 2009, pp. 251

⁹⁰ Lloria García, Paz, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Editorial Comares, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Granada, 2006, pp. 165, página 21 y nota 46.

⁹¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 34/179, Derechos Humanos en Chile, 17 de diciembre de 1979.

⁹² “1. Todo acto de desaparición forzada será considerado como delito permanente mientras sus autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y mientras no se hayan esclarecido los hechos.

2. Cuando los recursos previstos en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya no sean eficaces, se suspenderá la prescripción relativa a los actos de desaparición forzada hasta que se restablezcan esos recursos.

3. De haber prescripción, la relativa a actos de desaparición forzada ha de ser de largo plazo y proporcionado a la extrema gravedad del delito”.

reconocido la detención o bien porque se ha determinado con certeza la suerte y el paradero de la persona desaparecida y en su caso porque se ha procedido a la entrega de sus restos mortales para darles digna sepultura. La Declaración reconoce también que en caso de existir algún régimen de prescripción de la acción, este debe ser largo y tener en cuenta la extrema gravedad del delito. Es una disposición importante porque en el contexto que suelen producirse las desapariciones es muy probable que el acceso a remedios efectivos en el ámbito nacional se vea restringido como consecuencia de un sistema judicial parcial o temeroso de las represalias del gobierno responsable de las desapariciones.

De acuerdo con el párrafo 6 del artículo 13 de la Declaración de 1992 y el 24 (6) de la Convención Internacional de 2006, la obligación del Estado de investigar las desapariciones deberá poder realizarse mientras persista la incertidumbre sobre la suerte de la persona desaparecida. Por lo tanto, la obligación de investigar mientras no se haya esclarecido la suerte y el paradero de la persona desaparecida está estrechamente ligada con el carácter continuado de las desapariciones forzadas⁹³. Similares disposiciones encontramos en el artículo III de la Convención Interamericana contra las desapariciones forzadas y en el artículo 5 del Anteproyecto de la Comisión de Derechos Humanos del año 1998. El primero dispone que la desaparición forzada será considerada como delito continuado o permanente mientras no se establezca la suerte y el paradero de la persona desaparecida, *prolongándose durante todo el tiempo que la persona permanece desaparecida*. El artículo 5 del Anteproyecto agrega la necesidad de saber con certeza la suerte de las personas desaparecidas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido la naturaleza continuada del crimen de desaparición forzada en el caso *Velásquez Rodríguez vs*

⁹³ Grupo de Trabajo sobre Desapariciones forzadas o involuntarias, Comentario General sobre el derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas, en *Compilación de Comentarios Generales sobre la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GeneralComments/Disappearances_sp.pdf

Honduras⁹⁴ y en el caso *Blake vs Guatemala*⁹⁵, por sólo mencionar algunos. En su voto razonado en el caso Blake, el juez Cançado Trindade sostuvo que la situación continuada es manifiesta en las desapariciones forzadas⁹⁶ y recordó que en los *travaux préparatoires* de la Convención Interamericana contra las Desapariciones Forzadas se afirmaba que *“este delito es permanente por cuanto se consume no en forma instantánea sino permanente y se prolonga durante todo el tiempo en que la persona permanece desaparecida”*⁹⁷. En el caso *Radilla Pacheco vs México*, la Corte afirmó que *“el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no se hayan esclarecido”*⁹⁸.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha expresado de un modo similar en las sentencias en el caso *Chipre vs Turquía* y el reciente caso *Varnava vs Turquía*, en el que la Gran Sala del Tribunal afirmó que la desaparición forzada es un fenómeno que se caracteriza por una situación continuada de incertidumbre e irresponsabilidad en la que existe una falta de información o incluso una intención deliberada de ocultar lo que ha ocurrido. Es una situación que continúa en el tiempo prolongando el sufrimiento de los familiares del desaparecido⁹⁹. La existencia de situaciones continuadas en materia de violaciones a derechos humanos había sido reconocida por el Tribunal ya desde el año 1962 en el caso *De Becker vs Bélgica*¹⁰⁰, en relación con un

⁹⁴ “El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida”. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, 29 de julio de 1988, para. 181.

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia de 2 de julio de 1996, Excepciones Preliminares, para. 34.

⁹⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake vs Guatemala, 24 de enero de 1998, Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, para. 9.

⁹⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake vs Guatemala, 24 de enero de 1998, Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, para 7.

⁹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 23.

⁹⁹ Caso Varnava and others vs Turkey, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, para. 148.

¹⁰⁰ Requete 214/56, Décision du 9 June 1958, Yearbook of the European Convention on Human Rights, 2 (1958-9), p. 234

caso de libertad de expresión y otro relacionado con la expropiación de propiedades, en el caso *Papamichalopoulos and Others v. Greece*¹⁰¹.

Los más altos tribunales nacionales han reconocido también la permanencia de la desaparición forzada. La Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-580/02, de 31 de julio de 2002, al analizar la constitucionalidad de la Convención Interamericana sobre desapariciones forzadas dijo:

*“(...) este delito debe considerarse como de ejecución continuada o permanente hasta que no se conozca el paradero de la víctima. Esta obligación resulta razonable si se tiene en cuenta que la falta de información acerca de la persona desaparecida impide a la víctima y a sus familiares el ejercicio de las garantías judiciales necesarias para la protección de sus derechos y para el esclarecimiento de la verdad: la persona sigue desaparecida. Esta situación implica que la lesión de los bienes protegidos se prolonga en el tiempo, y por tanto, la conducta sigue siendo típica y antijurídica hasta que el conocimiento que se tenga acerca del paradero de la persona permita el ejercicio de tales garantías judiciales”.*¹⁰²

De lo expuesto se desprende que tanto los instrumentos internacionales específicos en la materia como sentencias de tribunales internacionales de protección de los derechos humanos han reconocido de forma constante que la desaparición forzada de personas es un delito de naturaleza continuada o permanente mientras no se sepa la suerte y el paradero de la persona desaparecida. De este carácter se derivan efectos importantes que se desarrollan a continuación.

Los efectos de la continuidad en el derecho internacional

El carácter continuado de las desapariciones tiene consecuencias en el derecho internacional, y en especial sobre la aplicación del principio de la irretroactividad en el

¹⁰¹ *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, (Application no. 14556/89), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia del 31 de octubre de 1995, página 11.

¹⁰² Disponible en http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-580-02.htm#_ftnref19

derecho de los tratados, en la prescripción de la acción y en el derecho penal¹⁰³. El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre desaparición forzada ha afirmado que cuando una desaparición ha comenzado antes de la entrada en vigor de un tratado internacional o antes de que el Estado hubiese aceptado la jurisdicción de la autoridad competente, el hecho de que la desaparición continúe luego de haber entrado en vigor o aceptado la jurisdicción habilita su competencia para considerar el acto de desaparición forzada como un todo. Y que cuando un Estado es reconocido como responsable por haber cometido desapariciones forzadas que comenzaron antes de la entrada en vigor del instrumento legal pertinente y cuya perpetración continúa luego de su entrada en vigor, el Estado debe ser considerado responsable por todas las violaciones que resultan de la desaparición y no sólo por aquellas que ocurrieron luego de la entrada en vigor del instrumento¹⁰⁴.

Similares argumentaciones emitió el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas en materia penal, al señalar que una de las consecuencias del carácter continuado de la desaparición es que sería posible condenar penalmente a los responsables del delito basándose en un instrumento que haya entrado en vigor aún luego de que la desaparición haya comenzado, sin tener en cuenta el principio de irretroactividad¹⁰⁵. Esta posición ha sido seguida por varios de los más altos tribunales nacionales latinoamericanos que han afirmado que el hecho de que la desaparición forzada no se encontrara tipificada al momento de la ejecución del delito no impedía que se juzgara a los responsables si el delito si había tipificado con posterioridad a su comisión y la desaparición continuara en la actualidad. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Perú, en el año 2004 señaló:

¹⁰³ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on Enforced Disappearances as Continuous Crime, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-EDCC.pdf>

¹⁰⁴ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on Enforced Disappearances as Continuous Crime, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-EDCC.pdf>

¹⁰⁵ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on Enforced Disappearances as Continuous Crime, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-EDCC.pdf>

“Finalmente, si bien cuando se produjo la presunta detención de Genaro Villegas Namuche no se encontraba vigente en nuestro Código Penal el delito de desaparición forzada, ello no constituye impedimento para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal y se sancione a los responsables, por los otros delitos concurrentes en los hechos. En todo caso, si bien el principio de legalidad penal, reconocido en el artículo 2.24.d de la Constitución, incluye entre sus garantías la de la Lex previa, según la cual la norma prohibitiva deberá ser anterior al hecho delictivo, en el caso de delitos de naturaleza permanente, la ley penal aplicable no necesariamente será la que estuvo vigente cuando se ejecutó el delito. La garantía de la ley previa comporta la necesidad de que, al momento de cometerse el delito, esté vigente una norma penal que establezca una determinada pena. Así, en el caso de delitos instantáneos, la ley penal aplicable será siempre anterior al hecho delictivo. En cambio, en los delitos permanentes, pueden surgir nuevas normas penales, que serán aplicables a quienes en ese momento ejecuten el delito, sin que ello signifique aplicación retroactiva de la ley penal. Tal es el caso del delito de desaparición forzada, el cual, según el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, deberá ser considerado como delito permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima.”¹⁰⁶

Ese mismo año, el mismo Tribunal afirmó:

“Esto quiere decir que entre el 7 de mayo y el 1 de julio de 1992 no existió, taxativamente, en el Código Penal la figura típica correspondiente a la desaparición forzada de personas. Sin embargo, este Tribunal se ha pronunciado con anterioridad respecto a la naturaleza permanente del delito de desaparición forzada de personas. En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2488-2002-HC/TC [Genaro Villegas Namuche], éste Tribunal señaló expresamente que no se vulnera la garantía de la lex previa derivada del Principio de Legalidad Penal, en caso se aplique a un delito permanente una norma penal que no haya entrado en vigencia antes del comienzo de su

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, 18 de marzo de 2004, EXP. N.º 2488-2002-HC/TC, para. 26, disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html>

*ejecución, pero que resulta aplicable mientras el mismo sigue ejecutándose. En tal sentido, el hecho de que la figura típica de desaparición forzada de personas no haya estado siempre vigente, no resulta impedimento, para que se lleve a cabo el correspondiente proceso penal por dicho delito y se sancione a los responsables. Esta apreciación se fundamenta, además, en lo dispuesto en el artículo III de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada en Belem do Pará, el 9 de junio de 1994, la que indica expresamente que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad”.*¹⁰⁷

Similares afirmaciones encontramos en la sala constitucional del Tribunal Supremo de Venezuela en una sentencia del año 2007:

“El artículo 49.6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. Esa disposición constitucional contempla el principio de tipicidad penal, el cual es contenido del principio de legalidad, que ha sido configurado por la doctrina de la siguiente manera: nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta et certa. Se trata de un principio que delimita el poder punitivo del Estado.

Nuestra jurisprudencia patria plantea que necesariamente debe existir, previamente, la tipificación de un delito para que una conducta sea castigada como tal. Sin embargo, la doctrina penal actualizada, desarrollando el principio de legalidad, ha aceptado que un comportamiento (acción u omisión) que no ha sido consumado en su totalidad puede ser tipificado como delito si durante esa consumación entra en vigencia la disposición legal que lo incluye como hecho punible. Ello ocurre con los delitos permanentes o los continuados, en los cuales

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia de 9 de diciembre de 2004, EXP. N.º 2798-04-HC/TC, para 22, disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02798-2004-HC.html>

se señala que “si la nueva ley entra en vigencia mientras perdura la permanencia o la continuación, se aplicará en todo caso esta ley, sea o no más favorable, y quedan sin sanción los actos precedentes” (Arteaga Sánchez, Alberto. “Derecho Penal Venezolano”. McGraw-Hill Interamericana, 2006, Página 60).

Por tanto, compartiendo la premisa doctrinaria para dar operatividad al artículo 45 de la Carta Magna, esta Sala precisa que si durante la privación ilegítima de libertad del sujeto pasivo el sujeto activo sigue negado a revelar la suerte o paradero de la persona privada de libertad o a reconocer que se encuentra bajo ese estado, y a su vez, entra en vigencia en esta situación la tipificación legal del delito de desaparición forzada de personas, debe concluirse que los sujetos implicados en ese comportamiento pueden ser juzgados y declarados culpables y responsables del delito de desaparición forzada de personas, sin que ello implique retroactividad de la ley penal, pues se trata de la aplicación de la ley que configura el delito inconcluso.”¹⁰⁸

La naturaleza permanente o continuada de la desaparición forzada junto con la noción de indivisibilidad de la figura podría, eventualmente, acarrear responsabilidad del Estado al no cumplir con sus obligaciones internacionales. Hay responsabilidad internacional cuando se produce la violación de una obligación internacional, sea originada en una norma consuetudinaria, en una disposición de un tratado o en un acto unilateral, y un hecho atribuible al Estado es ilícito siempre que la obligación para ese Estado estuviese vigente en el momento en que se produce el hecho en cuestión, independientemente del origen de la obligación¹⁰⁹. Por ello, la determinación del

¹⁰⁸ La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, Sala N° 1747/2007, sentencia del 10 de agosto de 2007.

¹⁰⁹ Remiro Brótons, Antonio; Riquelme Cortado, Rosa; Díez-Hochleitner, Javier; Orihuela Calatayud, Esperanza; y Pérez-Prat Durbán, Luis, *Derecho Internacional*, Curso General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 877, páginas 412 y 413.

momento de la violación es clave para establecimiento de la competencia *ratione temporis* del tribunal y la eventual responsabilidad internacional del Estado¹¹⁰.

La existencia de hechos de naturaleza continuada y su distinción con los instantáneos puede generar problemas en la resolución de estas cuestiones. El artículo 14 (2) del proyecto de responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos se refiere a las obligaciones del Estado frente a violaciones que tienen carácter continuado. El artículo afirma que en estos casos, la violación de la obligación se extiende *“durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”*. En opinión de Remiro Brótons, el ilícito se origina cuando se reúnen todos los elementos constitutivos del ilícito y dura mientras persisten¹¹¹. La Comisión de Derecho Internacional, en su explicación de este artículo aclara que la consumación o la continuidad de un hecho ilícito dependerán de la obligación primaria y de las circunstancias de cada caso. Pero citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia en el caso *Blake*, reconoce como ejemplo de hecho continuado a la desaparición forzada de personas y afirma en que el hecho ilícito continuado cesa cuando el cadáver de la persona es entregado a sus familiares¹¹².

En los comentarios a dicho artículo, la Comisión de Derecho Internacional señaló:

“Un hecho ilícito continuado puede cesar: por ejemplo, un rehén puede ser puesto en libertad o el cadáver de una persona desaparecida puede ser entregado a sus familiares. Fundamentalmente, un hecho ilícito continuado es un hecho que ha sido comenzado pero que no ha sido consumado en un determinado momento. Cuando ha cesado un hecho ilícito continuado, por

¹¹⁰ Remiro Brótons, Antonio; Riquelme Cortado, Rosa; Díez-Hochleitner, Javier; Orihuela Calatayud, Esperanza; y Pérez-Prat Durbán, Luis, *Derecho Internacional*, Curso General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 877, página 415.

¹¹¹ Remiro Brótons, Antonio; Riquelme Cortado, Rosa; Díez-Hochleitner, Javier; Orihuela Calatayud, Esperanza; y Pérez-Prat Durbán, Luis, *Derecho Internacional*, Curso General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 877, página 416.

¹¹² Proyecto de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, texto del proyecto de artículos con sus comentarios, aprobado por la Comisión en su 53º período de sesiones, 2001, página 134.

ejemplo, con la liberación de rehenes o la retirada de fuerzas de un territorio ocupado ilícitamente, se considera que el acto no tiene ya en el futuro carácter continuado, incluso si persisten algunos efectos del acto.

(...)

Un hecho no tiene un carácter continuado únicamente porque sus efectos o consecuencias se extiendan en el tiempo. Debe ser el hecho ilícito como tal el que continúa. En muchos casos, las consecuencias de los hechos internacionalmente ilícitos pueden ser prolongadas. El dolor y el sufrimiento causados por anteriores actos de tortura o los efectos económicos de una expropiación de bienes persisten aunque la tortura haya cesado o el título de los bienes haya sido restituido. Esas consecuencias constituyen el objeto de las obligaciones secundarias de reparación, incluida la restitución, que se enuncian en la segunda parte de los artículos. La prolongación de esos efectos será pertinente, por ejemplo, en la determinación del monto de la indemnización que debe pagarse. Sin embargo, dicha prolongación no supone que la violación en sí misma tenga carácter continuado”¹¹³.

Una de las consecuencias del reconocimiento internacional de la permanencia de la desaparición forzada mientras no se establezca la suerte y el paradero de la persona desaparecida ha sido la habilitación de la competencia de los tribunales internacionales para analizar casos iniciados incluso antes de la aceptación de la competencia de estos tribunales pero cuyos efectos continuasen con posterioridad a dicha aceptación, siempre que representen una violación posterior del tratado. Por ejemplo, en el caso *Blake vs Guatemala*, por ejemplo, la Corte Interamericana sostuvo que si bien Guatemala no había aceptado la competencia contenciosa de la Corte al momento de producirse la desaparición de Nicholas Blake, los efectos de ese hecho se habían prolongado de manera permanente hasta el momento en que fue establecido su fallecimiento, fecha para la cual Guatemala ya había reconocido la jurisdicción de la

¹¹³ Texto del proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con sus comentarios, aprobado por la Comisión en su 53º período de sesiones, páginas 134 y 135.

Corte. La Corte señaló que: *“(...) por tratarse de una presunta desaparición forzada, las consecuencias de los mismos hechos se prolongaron hasta el 14 de junio de 1992, pues, según lo expresado por la Comisión en su demanda, existieron por parte de autoridades o agentes del Gobierno conductas posteriores, que en su concepto implican complicidad y ocultamiento de la detención y la muerte del señor Blake, ya que el fallecimiento de la víctima, no obstante que se conocía por parte de dichas autoridades o agentes, no se dio a conocer a sus familiares a pesar de sus gestiones constantes para descubrir su paradero e inclusive se produjeron intentos para desaparecer los restos”*¹¹⁴. En el caso *Heliodoro Portugal vs Panamá*, la Corte recordó que no podía ejercer su competencia y declarar una violación de los derechos de la Convención Americana cuando los hechos alegados que pudieran dar lugar a responsabilidad internacional eran anteriores al reconocimiento de su competencia, pero que sí era competente para conocer los hechos posteriores a dicha fecha o bien aquellos que en esa fecha no hubiesen dejado de existir. Afirmó que en caso de violaciones de carácter continuo o permanente, el principio de irretroactividad no se vería afectado si la Corte asumía su competencia, aún en los casos que hubiesen comenzado antes de la fecha crítica pero que persistiesen después de la misma¹¹⁵. Similares desarrollos, como veremos más adelante, encontramos en dictámenes del Comité de Derechos Humanos siempre que las actividades posteriores a la aceptación de la competencia del Comité constituyesen una perpetuación de la situación de violación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siempre que estén referidos a violaciones posteriores a la ratificación del Convenio Europeo, aunque el origen de las mismas se hubiese producido antes de la fecha crítica¹¹⁶.

La naturaleza continuada de la desaparición tiene efectos también sobre el régimen de prescripción, porque de existir uno, sólo comenzaría a ser efectivo desde el momento en el que se ha determinado la situación de la persona desaparecida y no desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición. Así

¹¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia de 2 de julio de 1996, Excepciones Preliminares, para. 34.

¹¹⁵ Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Sentencia de 12 de Agosto de 2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, paras. 24 y 25.

¹¹⁶ Caso Janowiec vs Russia (Applications nos. 55508/07 and 29520/09), Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sentencia de 16 de Abril 2012, paras. 151 y 152.

lo ha dispuesto la Convención Internacional de 2006 en su artículo 8 que sostiene que si se adopta un régimen de prescripción, éste debe tener en cuenta la naturaleza continuada o permanente de la desaparición. Complementariamente, el artículo VII de la Convención Interamericana dispone que la acción penal derivada de la desaparición no estará sujeta a prescripción, pero que si existiese un régimen de prescripción, este deberá ser igual al del delito más grave reconocido en la legislación interna. Y el apartado 2 del artículo 17 de la Declaración dispone que la prescripción se suspenderá cuando los remedios efectivos a favor de las víctimas no sean eficaces. Entre esos remedios figura no sólo el ejercicio de la acción judicial sino también cualquier otro mecanismo que pueda arrojar luz sobre lo acontecido, como puede ser la creación de comisiones de la verdad, al estilo de las establecidas en Sudáfrica o Argentina.

Por último, la desaparición forzada es un delito indivisible y si, como hemos visto, un elemento constitutivo del ilícito es la negativa a proveer información, la figura sólo se completará, de acuerdo con la Comisión de Derecho Internacional, cuando se provea información y se determine la suerte y el paradero de la persona desaparecida y se entregue el cuerpo a sus familiares. En el caso *Radilla Pacheco vs México*, por ejemplo, aunque la Corte Interamericana de Derechos Humanos recordó la validez del principio de irretroactividad de los tratados, afirmó que del mismo principio y del de *pacta sunt servanda* surgía que desde que un tratado entra en vigor, es exigible a los Estados Partes el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo respecto de todo acto posterior a esa fecha¹¹⁷. En opinión de la Corte, aquellos actos continuos o permanentes que persisten luego de la entrada en vigor del tratado respectivo, por sus características pueden generar obligaciones internacionales respecto del Estado parte, sin que ello implique una vulneración del principio de irretroactividad de los tratados.

¹¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 20.

I.V. La desaparición forzada como crimen contra humanidad

El concepto de crimen contra la humanidad fue utilizado por primera vez en el Estatuto del Tribunal de Núremberg creado para juzgar los crímenes del régimen nazi; junto con él se reconocía a los crímenes contra la paz y los crímenes de guerra como crímenes internacionales¹¹⁸, que vulneran los intereses de la comunidad internacional en su conjunto y constituyen delitos contra el derecho de gentes¹¹⁹. Con su inclusión en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, el concepto de crimen contra la humanidad entró en la escena judicial¹²⁰ y su definición fue la contribución más revolucionaria del Estatuto al desarrollo del derecho internacional porque por primera vez se estableció la responsabilidad penal internacional para casos de atrocidades cometidas en un país, incluso entre sus nacionales¹²¹. Mientras que el Estatuto de Núremberg fue el primer instrumento que estableció el contenido de los crímenes contra la humanidad, no creó un nuevo principio de derecho internacional porque la noción de crímenes contra el derecho de gentes preexistía desde hacía siglos¹²². En el preámbulo de los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 se hacía referencia a los principios “*of the laws of humanity and the dictates of public conscience*” que debían regir la conducción de las hostilidades. De ahí que la definición del Estatuto se refiriese a los crímenes contra la humanidad en relación con los crímenes de guerra¹²³.

De acuerdo con el artículo 6 (c) del Estatuto, se consideraba crímenes contra la humanidad: “*namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other*

¹¹⁸ Brody, Reed and González, Felipe, Nunca Más: An Analysis of International instruments on “Disappearances”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 19 Num. 2, 1997.

¹¹⁹ Donnedieu de Vabres, Henri, Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 70, 1947, pp. 477-582, página 522. Meron sostiene que la prohibición de los crímenes contra la humanidad es una norma de ius cogens. Meron, Theodor, International Law in the Age of Human Rights, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Tome, 301, 2003, pp. 9-490, página 121.

¹²⁰ Donnedieu de Vabres, Henri, Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 70, 1947, pp. 477-582, página 505.

¹²¹ Meron, Theodor, International Law in the Age of Human Rights, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Tome, 301, 2003, pp. 9-490, página 116.

¹²² Green, L.C., Canadian Law War Crimes and Crimes Against Humanity, *British Yearbook of International Law*, Vol. 59, 1988, página 227.

¹²³ Para un estudio sobre la evolución del crimen contra la humanidad véase Bassiouni, Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 820, página 148.

inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated". Como se desprende de la definición, la competencia del Tribunal para analizar los crímenes contra la humanidad cometidos por el régimen nazi dependía de su conexión con los crímenes derivados de la competencia normal del Tribunal¹²⁴, especialmente a los crímenes de guerra. Este nexo sería eliminado en el artículo II (1) (c) of Allied Control Council Law No. 10 (1945)¹²⁵ y recogido posteriormente en la Convención contra el Genocidio, la Convención contra el Apartheid y la Convención de Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad y el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Por lo tanto, la ocurrencia de crímenes contra la humanidad no depende de la existencia de un conflicto armado. Sin embargo, es pertinente recordar que el Estatuto del Tribunal para la ex Yugoslavia¹²⁶ vuelve a mencionar el nexo con un conflicto armado aunque el Secretario General de las Naciones Unidas ha rechazado la necesidad de esa conexión¹²⁷.

El Estatuto de Núremberg no contenía una disposición específica en materia de desapariciones forzadas porque hasta ese momento no había sido aceptado internacionalmente que esa figura formara parte del concepto de crímenes contra la

¹²⁴ Donnedieu de Vabres, Henri, Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 70, 1947, pp. 477-582, página 520.

¹²⁵ Allied Control Council Law No. 10 Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and against Humanity, 20 December 1945, Official Gazette of the Control Council for Germany, No. 3, Berlin, 31 January 1946.

¹²⁶ Article 5. Crimes against humanity: The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population: (a) murder; (b) extermination; (c) enslavement; (d) deportation; (e) imprisonment; (f) torture; (g) rape; (h) persecutions on political, racial and religious grounds; (i) other inhumane acts. Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, September 2009, disponible en http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf

¹²⁷ Para un análisis de la cuestión véase Meron, Theodor, International Law in the Age of Human Rights, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Tome, 301, 2003, pp. 9-490, página 117 y ss.

humanidad¹²⁸. Sin embargo, la falta de inclusión de la figura en el Estatuto no impidió al Tribunal de Núremberg declarar culpable a Wilhelm Keitel por haber cometido crímenes de guerra y ser responsable de la implementación del decreto de noche y niebla, que, como hemos visto, constituyó el primer antecedente de la figura de la desaparición forzada. Los juicios de Núremberg fueron el punto de partida para la adopción de instrumentos legales de trascendencia, como la resolución de 1947 de la Asamblea General asumiendo los principios de Núremberg, la Convención contra el Genocidio de 1948, el *Draft Code of Offenses Against the Peace and Security of Mankind* de 1954 o la resolución de 1974 sobre agresión¹²⁹. Algunos autores afirman incluso que la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, es también una consecuencia de Núremberg¹³⁰.

El primer reconocimiento de la desaparición forzada como crimen contra la humanidad ocurrió en el año 1983 cuando la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos adoptó su Resolución 666 (XIII-0/83) por la que declaraba que la práctica de la desaparición forzada de personas constituía un crimen contra la humanidad y una afronta a la conciencia del hemisferio¹³¹, afirmación que fuera recogida posteriormente en el preámbulo de la Declaración de Naciones Unidas de 1992 pero con una salvedad importante: la necesidad de que esa práctica sea sistemática para ser considerada un crimen contra la humanidad. Similar concepto encontramos en el preámbulo de la Convención Interamericana contra la desaparición forzada (1994) y en la Convención Internacional de 2006, que en su artículo 5 dispone

¹²⁸ "Of all the crimes against humanity, the crime of causing disappearances and the crime of persecution best epitomize gross violations of human rights now included in an instrument criminalizing violations of international humanitarian law. At Nuremberg, only persecution committed on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal qualified as a crime against humanity". Meron, Theodor, *International Law in the Age of Human Rights*, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Tome, 301, 2003, pp. 9-490, página 120.

¹²⁹ Bassiouni, Cherif, Nuremberg. Forty years after, *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 80, , 1986, pp. 59-64, p. 62.

¹³⁰ King, Henry T. Jr., Nuremberg and Sovereignty, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 28, Issue 1 (Winter 1996), pp. 135-140, p. 136. En el mismo sentido Taylor, Telford, The Nuremberg War Trials, *International Conciliation*, Vol. 27, 1949, pp. 243-374, p. 327.

¹³¹ "(...) To declare that the practice of forced disappearance of persons in the Americas is an affront to the conscience of the hemisphere and constitutes a crime against humanity." Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Resolución 666 (XIII-0/83), 14 de diciembre de 1983, disponible en <http://scm.oas.org/pdfs/agres/ag03797E01.PDF>

que para que una desaparición forzada o involuntaria constituya un crimen de lesa humanidad, debe ser parte de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil¹³². Lo mismo ocurre con el artículo 7.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, siempre que el ataque sea sistemático o generalizado contra la población civil y con conocimiento del ataque. Los crímenes contra la humanidad se producen en un contexto especial y son justamente esos elementos contextuales los que permiten diferenciarlos de un asesinato del derecho común¹³³. En el caso *Kunarac and others* el Tribunal para la ex Yugoslavia describió lo que entendía por carácter sistemático y generalizado de una violación. Para el Tribunal, la expresión “generalizado” se refiere a un ataque cometido a gran escala y al número de víctimas mientras que el término “sistemático” está relacionado con la planificación de los actos violentos y la falta de probabilidad de su ocurrencia al azar¹³⁴.

El artículo 7 en su párrafo (i) define a la desaparición forzada de personas como *“la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.”* Esta definición es más restrictiva que la contenida en la Convención Internacional de 2006 porque incluye como elemento de la definición la presencia del elemento subjetivo, es decir, la intención de los presuntos responsables de dejar a las personas desaparecidas fuera del amparo de la ley. De acuerdo con el artículo 30 del Estatuto, actúa intencionalmente quien se propone incurrir en la conducta o quien es consciente de las consecuencias que causa su acción. La inclusión

¹³² Si bien desde hace tiempo se ha reconocido que las desapariciones forzadas constituyen un crimen contra la humanidad, durante las negociaciones la delegación de los Estados Unidos señaló que la inclusión del artículo 5 en la parte operativa no era aceptable para ella. Véase por ejemplo el documento desclasificado en junio de 2009 por la Administración americana y que puede consultarse en el siguiente link: <http://big.assets.huffingtonpost.com/Declassified1.pdf>. También puede consultarse en <http://big.assets.huffingtonpost.com/Declassified2.pdf>

¹³³ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, General comment: “Enforced disappearances as a crime against humanity”, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/issues/disappear/index.htm>

¹³⁴ Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia. 2002. Sentencia de 12 de junio, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Appeal Judgment), Causa Nº IT-96-23 & IT-96-23/1-A.

del elemento intencional operará eventualmente en beneficio del acusado de ese delito porque se trata de un extremo de muy difícil comprobación. Andreu-Guzmán sostiene que su inclusión en el texto del Estatuto respondió a la necesidad de proveer dos criterios adicionales a través de los cuales distinguir al crimen de desaparición forzada de otras formas de privación de la libertad, como el confinamiento solitario y otras formas de detenciones arbitrarias¹³⁵. La segunda limitación de la definición contenida en el Estatuto de Roma es la inclusión de la frase “por un período prolongado de tiempo”. En principio, no bastaría que una desaparición lo fuese, digamos, por varios días o semanas, sino que debería prolongarse en el tiempo. El problema es que se trata de una expresión vaga, imprecisa y desafortunada porque no existe una definición en el derecho internacional sobre qué es lo que se entiende por período “prolongado de tiempo”¹³⁶, complicando aún más la prueba de una desaparición forzada.

La determinación de un crimen como de lesa humanidad entraña una serie de consecuencias en el derecho internacional, como son la imprescriptibilidad, la inadmisibilidad internacional de las leyes de amnistía, la obligación de cooperar en la investigación y en el enjuiciamiento del delito y la jurisdicción universal.

Dos Convenciones, una de alcance universal, en el seno de las Naciones Unidas y otra regional, en el Consejo de Europa reconocen imposibilidad de aplicar medidas de prescripción de la acción para juzgar a los responsables de crímenes de guerra y de lesa humanidad, *atento a la gravedad del mismo que interesa a la comunidad internacional toda su persecución*¹³⁷. El objetivo central es permitir la represión efectiva de estos crímenes como elemento importante en la prevención y protección de los derechos humanos evitando la extinción de la acción pública y una situación de

¹³⁵ Capellà i Roig, Margalida, “Las “desapariciones forzadas” en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de derecho internacional sin reparación ni castigo”, *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 6, 1999, páginas 265-302.

¹³⁶ Andreu-Guzmán Federico, The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance, *The Review of the ICJ - Impunity, crimes against humanity and forced disappearance*, Nº 62 – 63, Geneva, September 2001, páginas 8 y 9.

¹³⁷ Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay, Sentencia condenatoria contra Juan María Bordaberry por un delito de atentado contra la Constitución y crímenes contra la humanidad, 09/02/2010, página 36.

impunidad¹³⁸. La Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad fue adoptada el 26 de noviembre de 1968 y hasta la fecha, sólo 54 países de los 192 miembros de las Naciones Unidas la han ratificado. Con relación a la Convención Europea sobre imprescriptibilidad del 15 de enero de 1974, sólo Bélgica, Holanda y Rumania la han ratificado. España no es parte en ninguna de las Convenciones.

La Convención internacional dispone que son imprescriptibles los crímenes de guerra y de lesa humanidad definidos en el Estatuto de Núremberg y confirmados por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 95 (I) de 11 de diciembre de 1946 y las "infracciones graves" enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra. La Convención internacional impide no sólo la prescripción de la acción penal sino también de la pena y los Estados se obligan a adaptar su legislación en este sentido. La imprescriptibilidad de la acción penal cuando se trata de delitos graves conforme al derecho internacional ha sido reconocida también en el Conjunto de Principios actualizado para la protección y promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, presentados en el año 2005.

Otra de las consecuencias reconocidas por el derecho internacional es la ilegitimidad internacional de las amnistías cuando estamos en presencia de crímenes internacionales. Mientras que es posible que en el derecho interno de los Estados nada impida la aprobación de medidas que tengan por efecto excluir de responsabilidad a quienes perpetran este tipo de crímenes, las amnistías no pueden ser oponibles internacionalmente cuando se trata de crímenes internacionales¹³⁹. Una opinión mayoritaria de la doctrina afirma la ilegitimidad en derecho internacional de las

¹³⁸ Study on Amnesty Laws and their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights, Preliminary Report by Mr. Louis Joinet, Special Rapporteur, U.N. Commission on Human Rights (Provisional Agenda Item 9(a)), U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/16, 1985, página 18.

¹³⁹ Véase por ejemplo Roht-Arriaza, Naomi, State Responsibility to Investigate And Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law, *California Law Review*, Vol. 78, 1990, página 485; Ambos, Kai, Impunity and International Criminal Law: A Case Study on Colombia, Peru, Bolivia, Chile and Argentina, *Human Rights Law Journal*, Vol. 18, 1997, pp. 1-15, página 7.

amnistías generales¹⁴⁰, en especial cuando están referidas a violaciones graves a los derechos humanos, como son el genocidio o los crímenes contra la humanidad¹⁴¹, porque fomentan la impunidad y ponen en riesgo el ejercicio de los derechos de las víctimas a la reparación y la verdad. Louis Joinet, ya en el año 1985 sostuvo que las torturas, las desapariciones forzadas y las ejecuciones sumarias podrían constituir un crimen contra la humanidad y que en esos casos las leyes de amnistía no podían aplicarse¹⁴². Tanto la Declaración de Naciones Unidas de 1992 como el Anteproyecto de 1998 prohíben el otorgamiento de amnistías respecto de casos de desaparición forzada de personas.

En la decisión del Tribunal Especial para Sierra Leona de 13 de marzo de 2004 sobre la impugnación de la jurisdicción, asuntos Morris Kalon, Brima Bazzy Kamara, la Sala señaló que el otorgamiento de amnistías era un ejercicio del poder soberano de los Estados pero que cuando se trataba de crímenes sujetos a jurisdicción universal, un Estado no podía negar a otro u otros Estados su derecho a perseguir a los acusados por el hecho de haber sido amnistiados en derecho interno. Por lo tanto, en su opinión, el Acuerdo de Lomé no tenía fuerza legal para impedir que el Tribunal Especial condujera procesos por crímenes internacionales sujetos a la jurisdicción universal¹⁴³. Además, el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Especial establecía expresamente que toda amnistía otorgada a una persona que debiera ser juzgada por el Tribunal acusada de

¹⁴⁰ Roht-Arriaza, Naomi, State Responsibility to Investigate And Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law, *California Law Review*, Vol. 78, 1990, página 485; Ambos, Kai, Impunity and International Criminal Law: A Case Study on Colombia, Peru, Bolivia, Chile and Argentina, *Human Rights Law Journal*, Vol. 18, 1997, pp. 1-15, página 7; Valencia Villa, Hernando, La española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional, página 195, en Ripol Carulla, Santiago (Dir) y Villán Durán, Carlos (Dir), *Justicia de transición: el caso de España*, Resultats de Recerca 2/2012, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2012, pp. 244

¹⁴¹ Burbidge, Peter, Waking the dead of the Spanish Civil War, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2001, p. 753-781.

¹⁴² Study on Amnesty Laws and their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights, Preliminary Report by Mr. Louis Joinet, Special Rapporteur, U.N. Commission on Human Rights (Provisional Agenda Item 9(a)), U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/16, 1985, página 17. En el mismo sentido se ha expresado Roht Arriaza para quien en estos casos la leyes de amnistía internas no encuentran justificación política ni jurídica. Roht-Arriaza, Naomi, State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law, *California Law Review*, Vol 78, 1990, pp. 449-514, página 485.

¹⁴³ Special Court for Sierra Leone, Prosecutor against Morris Kalon, Brima Bazzy Kamara, Case No. SCSL-04-15-PT-060, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lomé Accord Amnesty (Appeals Chamber), 13 March 2004, para. 88.

haber cometido crímenes contra la humanidad, violaciones al artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra u otras graves violaciones al derecho internacional humanitario no podía interpretarse como un impedimento para su juzgamiento. La amnistía concedida en el acuerdo de Lomé había sido cuestionada por el representante del Secretario General de las Naciones Unidas quien en su informe sobre el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona recordó que si bien la amnistía era un concepto legal válido y un gesto de paz y reconciliación a la salida de una guerra civil o de un conflicto armado interno, las Naciones Unidas habían constantemente mantenido que este tipo de medidas no podía ser utilizado cuando se tratase de crímenes internacionales, tales como el genocidio, los crímenes contra la humanidad y otras violaciones graves al derecho internacional humanitario¹⁴⁴.

Es interesante destacar aquí que ya en 1998, el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia en el caso *Furundzija* consideró que las medidas internas que condonan la tortura o absuelven a quienes la cometen a través de una ley de amnistía no tendrían reconocimiento legal internacional¹⁴⁵. Pero volveremos sobre esta cuestión en el capítulo V de esta tesis al analizar la ley de amnistía española de 1977.

Por último pero no por ello menos importante, otra consecuencia en el derecho internacional es el reconocimiento de la jurisdicción universal en caso de crímenes internacionales¹⁴⁶. El principio de jurisdicción universal está basado en la creencia de que ciertos crímenes son tan graves que afectan a la comunidad internacional y que sus responsables son enemigos de la humanidad (*hostis humani*) y que cualquier país puede condenarlos de acuerdo con sus leyes internas, significando una ruptura con el principio tradicional de territorialidad por medio del cual el Estado en el que se cometió el crimen es quien juzga¹⁴⁷. Sus orígenes se remontan al siglo VI con el código

¹⁴⁴ Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone, 4 October 2000, UN Doc. S/2000/915, 4 October 2000, para. 22.

¹⁴⁵ Prosecutor v. Furundzija, Judgment, Case No. IT-95-17/1-T 10, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), Trial Chamber, 10 December 1998, para. 155.

¹⁴⁶ Bassiouni, Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 820, página 525.

¹⁴⁷ American Banana Co. v. United Fruit Co., [213 U.S. 347](#), 356, 29 S.Ct. 511, 512, 53 L.Ed. 826 (1909).

de Justiniano¹⁴⁸ y los Estados comenzaron a recurrir al principio de jurisdicción universal en el siglo XVI en relación con los actos de piratería en alta mar. A mediados del siglo XIX, el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial se extendió al tráfico de esclavos, también en alta mar y por lo tanto fuera de la jurisdicción de cualquier Estado¹⁴⁹.

Los juicios de Núremberg evidenciaron el paso de los principios de territorialidad, nacionalidad y personalidad pasiva hacia el de universalidad en caso de crímenes internacionales¹⁵⁰ y así ha sido reconocido por algunos tribunales nacionales¹⁵¹. Si bien los juicios tuvieron como fundamento el propio Estatuto de Núremberg y las potestades de las potencias ocupantes como vencedoras en la contienda, los jueces reconocieron implícitamente el papel de la jurisdicción universal al señalar: *"The Signatory Powers created this Tribunal, defined the law it was to administer, and made regulations for the proper conduct of the Trial. In doing so, they have done together what any one of them might have done singly; for it is not to be doubted that any nation has the right thus to set up special courts to administer law. With regard to the constitution of the court, all that the defendants are entitled to ask is to receive a fair trial on the facts and law"*¹⁵². Es decir, cada Estado podría haber habilitado su competencia para juzgar a los criminales de guerra, independientemente de la existencia de un nexo con los crímenes¹⁵³ y esto fue incluso sugerido por el por entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Trygve Lie, en un memorando del año 1949¹⁵⁴.

¹⁴⁸ Hall, Christopher Keith, *Universal Jurisdiction: New Uses of an Old Tool*, página 50, en Lattimer, Mark and Sands, Philippe, *Justice for Crimes Against Humanity*, Hart Publishing, March 14 2006, pp. 512.

¹⁴⁹ Hall, Christopher Keith, *Universal Jurisdiction: New Uses of an Old Tool*, página 51, en Lattimer, Mark and Sands, Philippe, *Justice for Crimes Against Humanity*, Hart Publishing, March 14 2006, pp. 512.

¹⁵⁰ Sponsler, Thomas, *The Universality Principle of Jurisdiction and the Threatened Trials of American Airmen*, *Loyola Law Review*, Vol. 15, 1968-69, página 49.

¹⁵¹ 776 F.2d 571, United States Court of Appeals, Sixth Circuit. John DEMJANJUK, Petitioner-Appellant, v. Joseph PETROVSKY, et al., Respondents-Appellees. No. 85-3435. Decided October 31, 1985.

¹⁵² Judgment of the International Military for the Trial of German Major War Criminals, Nuremberg, September 30, 1946, disponible en <http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp>

¹⁵³ Bassiouni, Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 820, página 521.

¹⁵⁴ *"The Court may, in other words, have intended to assimilate the said crimes, in regard to jurisdiction, to such offences as the counterfeiting of currency. On the other hand, it is also possible and perhaps*

En el año 1996, la Comisión de Derecho Internacional sugirió que el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y los crímenes relacionados con el personal de las Naciones Unidas fueran sometidos a la jurisdicción universal¹⁵⁵ y así ha sido reconocido mayoritariamente por la doctrina internacional¹⁵⁶. De acuerdo con los *Princeton Principles sobre jurisdicción universal* de 2001 se entiende por jurisdicción universal¹⁵⁷ la jurisdicción criminal basada exclusivamente en la naturaleza del crimen, sin tener en cuenta el lugar donde el crimen se cometió, la nacionalidad del presunto responsable o de la víctima ni cualquier otro tipo de conexión con el Estado que ejerce jurisdicción¹⁵⁸. La Asociación de Derecho Internacional, sin embargo, afirma que existe una condición para el ejercicio de la jurisdicción universal que es la presencia del acusado en el territorio del Estado que pretende juzgar¹⁵⁹.

La desaparición forzada ha sido reconocida como crimen contra la humanidad en los distintos instrumentos internacionales y una de las consecuencias de ello para el Estado es la obligación de establecer su jurisdicción y juzgar a los responsables. En su informe presentado ante la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el relator

more probable, that the Court considered the crimes under the Charter to be, as international crimes, subject to the jurisdiction of every State. The case of piracy would then be the appropriate parallel. This interpretation seems to be supported by the fact that the Court affirmed that the signatory Powers in creating the Tribunal had made use of a right belonging to any nation". The Charter and Judgment of the Nurnberg Tribunal, Memorandum Submitted by Secretary General, 1949, UN Doc A/CN.4/5 página 80, disponible en http://untreaty.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_5.pdf

¹⁵⁵ UN Doc A/51/10. Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May - 26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No.10, paras. 50 y ss.

¹⁵⁶ Orentlicher, Diane, Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime, *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, página 2555; Bassiouni, Cherif, Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical perspectives and Contemporary practice, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 42.1, 2001-2002; Meron, Theodor, International Law in the Age of Human Rights, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Tome, 301, 2003, pp. 9-490, página 148 y ss; Lauterpacht, Hersch The Law of Nations and the Punishment of War Crimes, *British Yearbook of International Law*, Vol. 21, 1944, página 64.

¹⁵⁷ Para una evolución del principio de jurisdicción universal véase Bassiouni, Cherif, Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical perspectives and Contemporary practice, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 42.1, 2001-2002.

¹⁵⁸ Princeton University Program in Law and Public Affairs, The Princeton Principles on Universal Jurisdiction 28 (2001).

¹⁵⁹ Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences, International Law Association, London Conference, 2000, página 2, disponible en www.ila-hq.org.

especial Christos Pourgourides señaló que la Asamblea consideraba que todo instrumento en materia de desapariciones debía contener, como salvaguardia contra la impunidad la aplicación del principio de jurisdicción universal a todos los actos de desaparición forzada de personas¹⁶⁰. El artículo 9 de la Convención señala que cada Estado Parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre delitos de desaparición forzada cuando:

1. los delitos se cometan cualquier territorio bajo su jurisdicción
2. cuando el presunto autor sea nacional de ese Estado
3. cuando la persona desaparecida sea nacional de ese Estado

Hasta aquí, se requiere siempre un punto de contacto o una relación con el Estado. Ahora bien, en su apartado 2, se establece una especie de jurisdicción cuasi universal porque los Estados Partes deberán tomar las medidas necesarias para establecer su jurisdicción en los casos en los que el presunto autor se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción, sin tener en consideración su nacionalidad o lugar donde el crimen se cometió. Es decir que bastaría que el presunto autor se encontrara en el territorio de un Estado parte de la Convención para que ese Estado ponga en marcha los mecanismos judiciales nacionales, a no ser que lo extradite o lo entregue a una jurisdicción penal internacional reconocida por un tratado. En este sentido, la Convención ha recogido lo previsto en el artículo IV de la Convención Interamericana contra la desaparición forzada y en el artículo 6 del Anteproyecto de 1998 elaborado en el seno de las Naciones Unidas¹⁶¹. Si el Estado no entrega o extradita por el motivo que sea asume la obligación de someter el caso a las

¹⁶⁰ Council of Europe Parliamentary Assembly, Doc. 10679, Enforced Disappearances, 19 September 2005. Report, Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Christos Pourgourides.

¹⁶¹ El artículo 6 del Anteproyecto establece el principio de lo que podríamos denominar una jurisdicción cuasi universal porque exige la condición de que el presunto autor se encuentre en el territorio del Estado. Así el artículo 6 dispone lo siguiente: *“(...) cada Estado Parte adoptará las medidas necesarias para instituir su jurisdicción en los siguientes casos: a) Cuando el delito de desaparición forzada haya sido cometido en cualquier territorio bajo su jurisdicción; b) Cuando el presunto autor y demás partícipes del delito de desaparición forzada o los demás actos a que se refiere el artículo 2 de la presente Convención se halle en el territorio del Estado Parte, independientemente de la nacionalidad del presunto autor o demás partícipes y de la nacionalidad de la persona desaparecida así como del lugar o territorio donde se haya cometido el delito, a menos que proceda a su extradición o a su transferencia a un tribunal penal internacional.*

autoridades nacionales competentes (artículo 11 de la Convención¹⁶²). Finalmente, a los efectos de la extradición, el delito de desaparición forzada no será considerado como delito político (artículo 13 de la Convención) ni tampoco se extraditará o entregará a una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas de que será sometido a una desaparición forzada (artículo 16), en aplicación del principio de “*non refoulement*”.

¹⁶² “El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido un delito de desaparición forzada, si no procede a su extradición, o a su entrega a otro Estado conforme a sus obligaciones internacionales, o a su transferencia a una instancia penal internacional cuya jurisdicción haya reconocido, someterá el caso a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal”.

CAPITULO II. LOS DESAPARECIDOS EN ESPAÑA DURANTE LA GUERRA CIVIL Y EL FRANQUISMO

II.1. La guerra civil y la represión franquista

La guerra civil y los “paseos”

El 18 de julio de 1936, fuerzas militares encabezadas por los generales Sanjurjo, Mola y Franco llevaron adelante un golpe de estado contra el régimen del Frente Popular, que había sido electo democráticamente el 18 de febrero de 1936 y que reunía a los republicanos, anarquistas y socialistas¹. Los sublevados, que ya habían participado directa o indirectamente en el intento fallido de golpe de Estado de 1932, justificaron el levantamiento en la creciente inestabilidad política, económica y social derivada de la agenda reformista de los políticos de la Segunda República así como la defensa de España frente al avance del comunismo y el bolchevismo². Los generales esperaban un triunfo rápido y no se imaginaron que desembocaría en una larga guerra civil que se extendería durante tres años y que terminaría oficialmente el 1 de abril de 1939 con el parte de guerra del general Franco anunciando su victoria. Previamente, el 1 de octubre de 1936 Franco había sido nombrado ya Jefe del Nuevo Estado e instalado su gobierno en Burgos.

La guerra civil que siguió al golpe de estado fue el resultado de dos impotencias: la de los militares sublevados para hacerse rápidamente con el poder y la del gobierno liquidar la sublevación³. Los sublevados, ante la férrea oposición de los leales al régimen democrático y los problemas para hacerse con el poder en las grandes ciudades, solicitaron ayuda de Mussolini y Hitler, quienes decidieron el envío

¹ Preston, Paul, *La Guerra Civil Española*, Random House Mondadori, 2006, pp. 387, p. 96.

² Wehberg sostiene que se trató de una guerra entre dos ideologías y que fue el primer eslabón de la Segunda Guerra Mundial. Wehberg, Hans, *La guerre civile et le droit international*, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Tome 63, 1938, pp. 1-128, páginas 10 y 11. .

³ Juliá, Santos, En torno a los orígenes de la guerra civil, en Enrique Fuentes Quintana, dir., y Francisco Comín Comín, coord., *Economía y economistas españoles en la Guerra Civil*, Madrid, Real Academia de Ciencia Morales y Políticas y Galaxia Gutenberg / Círculo de Lectores, 2008, vol. I, pp. 171-189, página 172.

de tanques, armamentos, municiones, cuerpos del ejército y aviones que serían utilizados para bombardeos y que, a la postre, resultarían claves en su victoria. Mussolini facilitó a los rebeldes, previo contrato, 12 bombarderos Savoia-Marchetti S.81, 24 cazas Fiat C.R.32, municiones y carburantes⁴. Hitler los proveyó de armas, municiones, tanques de guerra y también de 130 aviones Junkers JU-52 que desempeñarían un papel decisivo en los bombardeos organizados por los rebeldes⁵. Fue esta ayuda la que permitió a Franco persistir en su intención de tomar Madrid⁶.

La ausencia de un plan organizado de los sublevados frente a la inesperada ausencia de una victoria rápida llevó a que la dinámica de la violencia generada durante la guerra civil condujese a situaciones de violencia sin control. Durante la guerra civil, ambos bandos cometieron violaciones masivas de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario⁷ y de acuerdo con algunas estimaciones el conflicto habría provocado la muerte de entre 500.000 y 1.000.000 de personas⁸.

La represión del bando nacional puede dividirse en dos períodos: en primer lugar, lo que se ha denominado el *terror caliente*, es decir, las ejecuciones y asesinatos cometidos durante la guerra civil, que se extendió desde julio de 1936 hasta finales de año y el *terror frío*, basado en la jurisdicción militar, juicios y consejos de guerra⁹, que comenzaría en enero de 1937. Durante el primer período, el instrumento utilizado fue el “bando de guerra” y posteriormente el consejo de guerra sumarísimo de urgencia. Durante los últimos días de julio, junto con los meses de agosto y septiembre de 1936

⁴ De acuerdo con el historiador Ángel Viñas, el monto de los contratos firmado con Mussolini ascendería a 337 millones de euros. Viñas, Ángel, Una sublevación militar con ayuda fascista, *El País*, 12 de julio de 2012. Sobre el papel de las potencias extranjeras véase Olaya, Francisco, *La Intervención Extranjera en la Guerra Civil*, Ediciones Madre Tierra, Móstoles, 1990, pp. 383.

⁵ Preston, Paul, *La Guerra Civil Española*, Random House Mondadori, 2006, pp. 387, página 130.

⁶ Juliá, Santos, En torno a los orígenes de la guerra civil, en Enrique Fuentes Quintana, dir., y Francisco Comín Comín, coord., *Economía y economistas españoles en la Guerra Civil*, Madrid, Real Academia de Ciencia Morales y Políticas y Galaxia Gutenberg / Círculo de Lectores, 2008, vol. I, pp. 171-189, página 182.

⁷ Pinilla Martín, Enrique, La recuperación de la memoria histórica en España, página 529 en Felipe Gómez Isa (director), *El Derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2006, pp. 623.

⁸ “Need for international condemnation of the Franco regime”, 4 November 2005, Political Affairs Committee, Rapporteur: Mr. Brincat, Malta, Socialist Group.

⁹ Casanova, Julián et al, *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*, Crítica, Barcelona, 2002, p. 20.

se produjo la mayor parte de los asesinatos, especialmente en las zonas controladas por los militares sublevados; más del 90% de los 3.000 asesinados en Navarra o el 80% de los 7.000 en Zaragoza ocurrieron entre ese período y fines de 1936. Similares porcentajes se dieron en Córdoba, Granada, Sevilla, Badajoz o Huelva¹⁰.

Una de las prácticas adoptadas por los golpistas durante la guerra civil fueron los denominados “*paseos*”, por los que las víctimas, acusadas de ser izquierdistas o vinculadas a organizaciones sindicales o por su irreligiosidad eran encerradas en edificios no oficiales habilitados como prisiones; días más tarde, eran “paseados” por las noches, fusilados y nunca más se volvería a saber de ellos¹¹. Miles de fallecimientos no fueron registrados y en otros casos simplemente figuraban como personas sin identificar y enterradas en fosas comunes¹². Los asesinatos extrajudiciales y el enterramiento en fosas comunes de personas sin identificar ocurrieron fundamentalmente entre los meses de abril y diciembre de 1936 por parte de las fuerzas franquistas (también por parte del bando republicano pero en menor medida) y tuvo un resurgimiento en el año 1939.

Durante los meses de julio a diciembre de 1936, en Zaragoza, sólo 32 de las 2.578 víctimas de la represión se sentaron ante tribunales militares; en la provincia de Cáceres, menos de 100 personas fueron ejecutadas como resultado de un consejo de guerra mientras que más de 1.000 fueron paseadas e incluso arrojadas al río Tajo¹³, con la consiguiente falta de información sobre su destino final. La gran mayoría de las víctimas de este terror no fue inscrita en el Registro Civil y en los pocos casos que sí se hizo figuraba como causa de muerte “aplicación del bando de guerra”. Aquellas personas que fueron detenidas ilegalmente, asesinadas y enterradas por lo general en fosas comunes en los cementerios, en el campo o en las cunetas y cuya suerte no fue inscrita ni registrada representan a los desaparecidos de España durante la guerra civil.

¹⁰ Juliá, Santos (coordinador), *Víctimas de la Guerra Civil*, Ediciones Temas de Hoy, 1999, pp. 436, página 65.

¹¹ Prada Rodríguez, Julio, *La España masacrada. La represión franquista de guerra y posguerra*, Alianza Editorial, Madrid, 2010, pp. 456, página 122.

¹² Juliá, Santos (coordinador), *Víctimas de la Guerra Civil*, Ediciones Temas de Hoy, 1999, pp. 436, páginas 65 y 66.

¹³ Idem, página 173.

Algunos autores sostienen que en aplicación de los bandos de guerra se instauró un sistema de desaparición contra los defensores de la legalidad republicana¹⁴. Espinosa Maestre señala que Sevilla ofrece un ejemplo paradigmático: de acuerdo con los libros de la fosa común de San Fernando, desde julio de 1936 hasta diciembre de 1938 ingresaron 3.693 personas, de las cuales sólo 619 fueron inscritas en el Registro Civil, es decir, un 17%¹⁵. Esta situación condujo incluso a Franco a legislar sobre la materia y así, el 8 de noviembre de 1936 aprobó un decreto por el que se autorizaba la inscripción de ausencias, desapariciones y fallecimientos de combatientes o no, como consecuencia “natural” de toda guerra y cuya identificación resultara imposible. Transcurridos 5 años desde su inscripción, se presumiría la muerte de la persona inscrita¹⁶.

Durante la guerra civil hubo excesos también por parte del bando republicano, aunque fue durante menos tiempo y no de forma sistemática pero que también produjo un número importante de víctimas mortales y Santos Juliá cifra a la represión republicana en 37.843 víctimas, habiendo analizado los datos disponibles para 22 provincias del país. Las víctimas eran fundamentalmente miembros del ejército, de las clases altas, latifundistas y miembros del clero que eran detenidas en edificios que eran convertidos en centros de detención, que se conocen con el nombre de *checas*¹⁷. La sublevación militar provocó el colapso de una parte importante de los instrumentos del Estado y las ciudades quedaron en manos de trabajadores armados, sin poder el gobierno central constituirse en poder firme¹⁸. Un ejemplo de esta situación fue el asesinato de 2000 prisioneros en Paracuellos del Jarama en noviembre de 1936 a

¹⁴ Digón Martín, Raúl y Dueñas Iturbe, Oriol, La responsabilidad ante las víctimas del Franquismo y el papel del poder judicial, I Congreso de Víctimas del Franquismo, Rivas-Vaciamadrid, 20-22/4/2012, página 3.

¹⁵ Espinosa Maestre, Francisco, Informe sobre la represión franquista Estado de la cuestión, disponible en <http://www.salamancamemoriayjusticia.org/der/espinosanacional.pdf>

¹⁶ Decreto número 67, Boletín Oficial del Estado, Burgos, 11 de noviembre de 1936, Número 27.

¹⁷ Preston Paul, *El holocausto español, odio y exterminio en la Guerra Civil y después*, Barcelona: Random House Mondadori, 2011, 4ta edición, pp. 859, página 307.

¹⁸ Preston Paul, *El holocausto español, odio y exterminio en la Guerra Civil y después*, Barcelona: Random House Mondadori, 2011, 4ta edición, pp. 859, página 307.

manos de grupos que apoyaban la legalidad republicana¹⁹. A efectos comparativos, es importante recordar que la cifra para la represión franquista, habiendo analizado los datos para 24 provincias, asciende a 72.527²⁰, de acuerdo con la información disponible hasta el año 1999. El historiador Paul Preston señala que el régimen franquista asesinó aproximadamente a 50.000 personas en ausencia de todo tipo de procedimiento judicial, que vienen a sumarse a las aproximadas 130.000 ejecuciones derivadas de sentencias judiciales, en cuyos casos ha sido posible identificar a las víctimas. En el resto, la falta de registro oficial impide cualquier tipo de identificación²¹ e información sobre la suerte y el paradero de las personas detenidas y ejecutadas extrajudicialmente.

Otra de las consecuencias de la guerra civil fue el exilio forzado de miles de personas. En el primer trimestre de 1939 se exiliaron en Francia 450.000 personas, de los cuales 170.000 eran ancianos, mujeres y niños. De ellos, 200.000 fueron repatriados y detenidos en las cárceles franquistas. Además, 13.000 españoles fueron enviados a campos de concentración alemanes como Mauthausen de los que sobrevivirían 2000²².

El segundo período de la represión franquista comenzaría en febrero de 1937 y se extendería hasta los primeros meses de 1945; se caracterizó por la institucionalización de la represión de los opositores a través de la justicia militar y los consejos de guerra, que eran procedimientos generalmente colectivos y en el que no se desarrollaban actividades probatorias, al no ser cuestionables las denuncias e informes que se presentaban contra de las víctimas. En opinión de Santos Juliá, los consejos de guerra eran un mero trámite para la eliminación física que se desarrollaba sin producción de prueba y con ninguna intención de aclarar los hechos de los que se

¹⁹ Pinilla Martín, Enrique, La recuperación de la memoria histórica en España, página 531 en Felipe Gómez Isa (director), *El Derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2006, pp. 623.

²⁰ Juliá, Santos (coordinador), *Víctimas de la Guerra Civil*, Ediciones Temas de Hoy, 1999, pp. 436, página 409.

²¹ Preston, Paul, *La Guerra Civil Española*, Random House Mondadori, 2006, pp. 387, página 309.

²² Pinilla Martín, Enrique, La recuperación de la memoria histórica en España, página 532 en Felipe Gómez Isa (director), *El Derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2006, pp. 623.

acusaba a los republicanos²³. En los casos en los que la sentencia era de muerte se necesitaba el “enterado” de la autoridad militar suprema que recayó en Franco como Jefe de Estado²⁴.

La adopción de la Ley de Responsabilidades políticas del 13 de febrero de 1939 fue el primer paso en esta institucionalización de la represión, al que luego le siguieron la Ley de Represión de la Masonería y el Comunismo del 1 de marzo de 1940, la Ley de Seguridad del Estado del 29 de marzo de 1941 y la Ley de Orden Público de 30 de junio de 1959²⁵. La Ley de Responsabilidades Políticas declaraba la responsabilidad política de las personas, jurídicas y físicas, que desde el 1 de octubre de 1934 habían contribuido a crear o agravar la subversión del orden del que se hizo víctima a España y que, a partir de 1936 se hubieran opuesto al Movimiento Nacional con actos concretos o pasividad grave. La Ley ilegalizaba las agrupaciones que integraban o estaban relacionadas con el Frente Popular así como las organizaciones separatistas y aquellas que se hubiesen opuesto al Movimiento Nacional²⁶. Hasta octubre de 1941 se abrieron, en aplicación de esta Ley, 125.286 expedientes y otros 200.000 en los años siguientes y entre 1939 y 1940 en prisiones como la de Valencia, llegaron a concentrarse 15.000 presos cuando la prisión tenía una capacidad de 507²⁷. La población penitenciaria aumentó exponencialmente y las muertes por torturas y ejecuciones extrajudiciales no se registraron como tales porque las autoridades acudían por lo general a la Ley de Fugas señalando que la muerte había sido

²³ Juliá, Santos (coordinador), *Víctimas de la Guerra Civil*, Ediciones Temas de Hoy, 1999, pp. 436, página 321. Para un estudio de la justicia penal durante la guerra civil véase Alejandro García, Juan Antonio, *La Justicia penal en la Guerra civil*, Historia 16, La Guerra civil, núm.14: *Sociedad y Guerra*, Madrid 1986, pp. 91.

²⁴ Prada Rodríguez, Julio, *La España masacrada. La represión franquista de guerra y posguerra*, Alianza Editorial, Madrid, 2010, pp. 456, página 172.

²⁵ Casanova, Julián et al, *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*, Crítica, Barcelona, 2002, página 8.

²⁶ Ley de Responsabilidades Políticas, Boletín Oficial del Estado Nº 44, 13 de febrero de 1939.

²⁷ Casanova, Julián et al, *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*, Crítica, Barcelona, 2002, páginas 22 y 24.

consecuencia del intento de huida de los presos²⁸ al haber “*emprendido veloz carrera ignorándose su actual paradero*”²⁹.

La institucionalización de la represión no impidió que la práctica de los “paseos” tuviese un importante repunte en abril y mayo de 1939 y entre 1947 y 1949, período que Santos Juliá denomina el “trienio del terror”³⁰. Ejemplo de esta situación fue la ejecución extrajudicial de centenares de personas en el paraje “Los Barreros”, hecho que es confirmado por el historiador alemán Hartmut Heine quien cifra a los paseados en ese lugar en 1.500 en abril de 1939, cuyos cadáveres habrían sido arrojados en los pozos del paraje mencionado³¹.

Las condenas y ejecuciones como consecuencia de los bandos de guerra y en cumplimiento de las leyes mencionadas han permitido dejar un rastro documental que nos permite saber la fecha y lugar de la muerte de la víctima³², así como el de su entierro, a diferencia de lo sucedido con los *paseos*. Por lo tanto, es necesario distinguir por un lado, a los fallecidos registrados de la guerra civil y los ejecutados en los 10 años posteriores, cuyas muertes están registradas y sus nombres identificados, y por otro lado, a aquellas víctimas sin registrar, sin conocimiento de las circunstancias de la muerte y abandonadas “*en las cunetas de las carreteras, en las tapias de los cementerios, en los ríos, en pozos y minas, o enterradas en fosas comunes*”, que ascenderían a 30.000³³ y constituyen los desaparecidos del franquismo.

²⁸ Pinilla Martín, Enrique, La recuperación de la memoria histórica en España, página 534 en Felipe Gómez Isa (director), *El Derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2006, pp. 623.

²⁹ Prada Rodríguez, Julio, *La España masacrada. La represión franquista de guerra y posguerra*, Alianza Editorial, Madrid, 2010, pp. 456, página 122.

³⁰ Juliá, Santos (coordinador), *Víctimas de la Guerra Civil*, Ediciones Temas de Hoy, 1999, pp. 436, página 333.

³¹ Citado en Santos Juliá (coordinador), *Víctimas de la Guerra Civil*, Ediciones Temas de Hoy, 1999, pp. 436, página 336.

³² Digón Martín, Raül y Dueñas Iturbe, Oriol, La responsabilidad ante las víctimas del Franquismo y el papel del poder judicial, *I Congreso de Víctimas del Franquismo*, Rivas-Vaciamadrid, 20-22/4/2012, página 3.

³³ Casanova, Julián, Desaparecidos, *El País*, 10 de julio de 2008.

La situación de los niños hijos de republicanos

Además de las ejecuciones extrajudiciales y la violencia desmedida, la guerra civil provocó otras consecuencias graves y duraderas para la sociedad española, en especial dos: a) la detención en prisiones de mujeres republicanas y la separación de sus hijos ya nacidos o que hubiesen nacido mientras la madre estaba en cautiverio. Se trata de uno de los temas más desconocidos por el público en general y que ha obtenido atención pública principalmente debido a las investigaciones históricas y archivísticas del historiador Ricard Vinyes; b) la situación de los niños hijos de republicanos que fueron enviados al extranjero para evitar los horrores de la guerra y cuya repatriación fue implementada por el régimen de Franco para darlos en adopción o a las instituciones del Auxilio Social.

a) La separación de niños de sus familias

En primer lugar, el régimen franquista llevó una política de detención de los opositores en prisiones y en campos de concentración conduciendo a una superpoblación al punto que el número de prisiones por cada 100.000 habitantes era casi tan alto que en la Alemania nazi³⁴. Entre los detenidos figuraban grupos de personas especialmente vulnerables, como son los niños y las mujeres embarazadas. El día 23 de agosto de 1938 Franco decidió autorizar la creación del Gabinete de Investigaciones Psicológicas que tenía como objetivo llevar adelante investigaciones clínicas con hombres y mujeres republicanos capturados y cuya dirección fue encargada al doctor Antonio Vallejo Nágera, para quien España tenía la oportunidad histórica de llevar adelante investigaciones para determinar las relaciones posibles entre las cualidades biopsíquicas de los detenidos y el fanatismo político democrático-comunista. En su opinión: *“La enorme cantidad de prisioneros de guerra en manos de las fuerzas nacionales salvadoras de España permite efectuar estudios en masa, en favorabilísimas circunstancias, que quizá no vuelvan a darse en la historia del mundo. Con el estímulo y beneplácito del Excmo. señor Inspector de los Campos de Concentración, al que agradecemos toda suerte de cariñosas facilidades, iniciamos*

³⁴ “Need for international condemnation of the Franco regime”, 4 November 2005, Political Affairs Committee, Rapporteur: Mr. Brincat, Malta, Socialist Group, paras. 57 a 60.

investigaciones seriadas de individuos marxistas, al objeto de hallar las relaciones que puedan existir entre las cualidades biopsíquicas del sujeto y el fanatismo político democrático-comunista”³⁵.

Vallejo Nágera consideraba a los enemigos políticos como individuos mentalmente inferiores y que la segregación desde la infancia podría liberar a la sociedad de *“plaga tan terrible”³⁶*; en su opinión, los niños nacidos en un ambiente republicano debían ser separados de su ambiente familiar y segregados en centros de adoctrinamiento en los que se exaltarán los verdaderos valores universales hispánicos (y privándolos así del derecho a ser educados por su familia biológica y con sus propios valores). Por ello, las madres que se encontraran detenidas y llevasen con ellas niños de pecho serían separadas de ellos cuando los niños cumpliesen la edad de tres años y enviados a la tutela del Auxilio Social. A esta grave situación se sumaba el hecho irregular de que no existía constancia alguna en los registros de las cárceles de la inscripción de niños; como afirma Vinyes, los niños no existían en los registros, oficialmente no habían permanecido nunca en prisión y por lo tanto no era posible que las reclamaciones de los familiares prosperasen. Esto sucedió de forma generalizada en todas las prisiones³⁷. Preston recuerda que sólo recientemente está saliendo a la luz información sobre la situación de la población penitenciaria en la post guerra porque se trataba de una cuestión de la que no se hablaba. Muchas de esas mujeres eran jóvenes, algunas de ellas embarazadas o con niños menores y que fueron a su vez separadas por la fuerza de sus hijos para darlos en adopción o a instituciones religiosas³⁸.

Una vez más recurrimos a Vinyes quien sintetiza la situación de los niños de la siguiente manera: *“No fueron episodios aislados, sino un proyecto de reeducación masivo dirigido contra los más débiles, los hijos de familias sin posibilidad de*

³⁵ Antonio Vallejo Nágera, “Psiquismo del fanatismo marxista”, *Semana Médica Española*, San Sebastián, año I, nº 6, 8 de octubre, 1938, p. 172, citado en Vinyes, Armengou y Belis, *“Los niños perdidos del franquismo”*, Barcelona: Plaza & Janés, 2002, página 43.

³⁶ Vinyes, Ricard, *Irredentas: las presas políticas y sus hijos en las prisiones de Franco*, Madrid: Temas de Hoy, 2002, pp. 272, página 59.

³⁷ Idem, página 79.

³⁸ Preston, Paul, *La Guerra Civil Española*, Random House Mondadori, 2006, pp. 387, página 320 y 321.

defenderse, amenazadas por la situación y con una capacidad de reacción casi nula. Esa cantidad de hijos e hijas, sobrinas y nietos que engrosaron el Auxilio Social y otros centros públicos y religiosos son nuestros niños perdidos. Lo son en cuanto que pérdida significa la desaparición forzada del derecho a ser formados por padres o parientes, los cuales perdieron a su vez el derecho a educarles conforme a sus convicciones. No sólo eso, desde luego: también significó la desaparición física por un largo período de tiempo o para siempre. Todo ello fue resultado de prácticas de sustracción violenta, amparadas por una legislación de naturaleza ideológica, pero desfigurada por una aparente intencionalidad misericorde de protección a los hijos de presos y presas”³⁹.

Por intermedio de la *Orden de 30 de marzo de 1940 dictando normas sobre la permanencia en las Prisiones de los hijos de las reclusas* se disponía que cuando las prisioneras condenadas llevaran consigo hijos de pecho, éstos serían admitidos en los establecimientos penitenciarios junto a ellas pero que una vez que los menores cumpliesen la edad de tres años las Juntas Provinciales de Protección de la Infancia se harían cargo de los niños para su manutención y asistencia si los familiares de los mismos no tuvieran medios suficientes para alimentarlos o educarlos. La decisión acerca de la capacidad o medios de las familias biológicas de los niños recaía sobre las instituciones del Estado franquista y por lo tanto, resultaba improbable que los niños fuesen devueltos a su entorno familiar biológico. Por otra parte, los niños que se encontraban en estos centros eran constantemente recordados que estaban allí por culpa de sus padres y que debían ellos expiar los pecados de sus progenitores.

En opinión de Ricard Vinyes, con esta orden empezó el desalojo legal de los hijos e hijas de presas hacia la red asistencial de la Falange o de la Iglesia Católica e implicó un aumento sustancial en la cantidad de niños tutelados por el Estado o la Iglesia, pasando de 9.050 en 1942 a 12.042 el año siguiente⁴⁰.

³⁹ Vinyes, Ricard, *Irredentas: las presas políticas y sus hijos en las prisiones de Franco*, Madrid: Temas de Hoy, 2002, pp. 272, página 80.

⁴⁰ Idem, páginas 80 y 81.

El segundo instrumento de la dictadura franquista que afectaba los derechos de los niños huérfanos fue el decreto de 23 de noviembre de 1940⁴¹ por medio del cual el gobierno de España concedía derechos de asistencia a los huérfanos del bando nacional cuyos padres heroicamente se habían sacrificado por la revolución pero también a los hijos de padres fusilados, exiliados y desaparecidos⁴². El preámbulo del decreto deja claro que los beneficiarios de la ayuda del Estado eran los huérfanos del bando nacional pero también del republicano⁴³.

En defecto de familias propias serían encomendados a personas dispuestas a atenderlos siempre que se tratasen de *“personas de reconocida moralidad (...) que aseguren la educación de los huérfanos en un ambiente familiar irreprochable desde el triple punto de vista religioso, ético y nacional”*⁴⁴ o bien a la Organización benéfico-social que el Estado y el Movimiento consideraran capaces de inculcar la idea de hermandad nacional que se financiaría con el “Fondo de Protección Benéficosocial” y prestase *“el más vigilante cuidado en su proceso formativo al objeto de que éste se verifique en condiciones de adhesión a los ideales y principios profesados por el Estado”*⁴⁵.

La guarda de los huérfanos también fue contemplada en el decreto a través de su artículo 5, al establecer que las personas individuales, el Auxilio Social del Movimiento y las instituciones de beneficencia que tengan la guarda ostentarían también *“a todos los efectos jurídicos pertinentes, el carácter de tutor legal de los*

⁴¹ Ministerio de la Gobernación, Decreto de 23 de noviembre de 1940 sobre protección del Estado a los huérfanos de la Revolución Nacional y de la Guerra.

⁴² Vinyes, Ricard, *Irredentas: las presas políticas y sus hijos en las prisiones de Franco*, Madrid: Temas de Hoy, 2002, pp. 272, páginas 82 y 83.

⁴³ *“La protección establecida por el Decreto se determina por una sola razón genérica, cual es la orfandad derivada de la Revolución Nacional y de la Guerra. En ningún caso será ampliada la investigación para esclarecer el motivo concreto del desamparo ni el desigual grado de gloria o la simple carga de dolor que hacen necesario el remedio. Como desprovista de sentido hereditario, la culpa de cualquier proceder antinacional cesa ante el huérfano precisado de la ayuda común y no cabe, junto a él, otra medida que la abierta generosidad de asegurar, para el mejor servicio de la Nación, la promesa que su juventud encierra”*. Ministerio de la Gobernación, Decreto de 23 de noviembre de 1940 sobre protección del Estado a los huérfanos de la Revolución Nacional y de la Guerra.

⁴⁴ Artículo 3 (b) del decreto.

⁴⁵ Ministerio de la Gobernación, Decreto de 23 de noviembre de 1940 sobre protección del Estado a los huérfanos de la Revolución Nacional y de la Guerra.

misimos, entendiéndose deferido dicho título por el simple hecho de poner los menores bajo su cuidado directo”.

b) La repatriación de los niños exiliados

La segunda situación que consideramos pertinente señalar es el plan de repatriación de niños hijos de republicanos que habían sido enviados al exterior por sus padres para evitar los horrores de la guerra. De acuerdo con informaciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social del gobierno de España, los principales destinos de los niños enviados al exilio fueron Francia (17.841), Reino Unido (4.435), la Unión Soviética (3.291) y Bélgica (5.130) y en menor medida a, Suiza (807), México (430) y Dinamarca (120)⁴⁶. Franco pretendió utilizar las repatriaciones de niños como propaganda del buen hacer de su régimen pero lo cierto es que en muchos casos los niños eran repatriados sin el consentimiento de sus familias biológicas, si es que se buscaba, y que en muchas oportunidades, el Estado no realizaba las investigaciones destinadas a la identificación e información de sus familias biológicas.

Las repatriaciones fueron autorizadas en la *Ley de 4 de diciembre de 1941 por la que se regulan las inscripciones en el Registro Civil de los niños repatriados y abandonados*. En su preámbulo, la ley establece su razón de ser en la imposibilidad de determinar la fecha y el lugar del nacimiento del menor repatriado así como el nombre y apellidos de sus padres y que esta situación debía ser solucionada. Es pertinente recordar, sin embargo, que el artículo primero obligaba en primer lugar a realizar las investigaciones tendientes a la averiguación de los datos del menor y que sólo si las investigaciones eran infructuosas, se procedería a su inscripción en el registro. Similar camino debía ser seguido respecto de los niños cuyos padres hubiesen fallecido o desaparecido⁴⁷. El artículo tercero disponía que si la filiación era conocida, se la

⁴⁶ La información general está disponible en la página del gobierno de España destinada a la Ley de Memoria Histórica aquí <http://www.memoriahistorica.gob.es/Prestaciones/enlaces/ninos.htm> y aquí <http://www.losninosquenuncavolvieron.es/marco-general/>

⁴⁷ Artículo primero: *Si después de las investigaciones necesarias no se pudiera averiguar el Registro Civil en que figuren inscritos los nacimientos de los niños que los rojos obligaron a salir de España y que han*

mantendría. Pero si no se sabían los nombres y apellidos de los niños, se le impondrían los usuales⁴⁸.

Mientras que para algunos esta ley significó la institucionalización de la supresión y modificación de la identidad de los niños que habían sido enviados al extranjero por parte de las familias republicanas⁴⁹, otros sostienen que la desaparición infantil se habría producido en infracción de la legislación vigente ante la falta de investigación suficiente por parte del Estado de los progenitores de los niños o por haber obviado dolosamente inscripciones ya existentes en los registros⁵⁰. Como hemos mencionado al principio, este tema sólo recientemente ha ganado atención pública y el problema más importante es el paso del tiempo y la falta de pruebas.

sido o sean repatriados, se procederá a inscribir su nacimiento en dicho Registro. Igual inscripción se hará, si resultaren infructuosas tales gestiones, respecto a los niños cuyos padres y demás familiares murieron o desaparecieron durante el Glorioso Movimiento Nacional.

⁴⁸ Artículo sexto: *En el caso de que no se sepan los verdaderos nombres y apellidos de los niños, se les impondrán de los usuales, y se expresará que la filiación es desconocida, sin que esto implique presunción de ilegitimidad.*

⁴⁹ Rodríguez Arias, Miguel Ángel, *El caso de los niños perdidos del franquismo: Crimen contra la humanidad*, 2006, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 436, página 126.

⁵⁰ Gil Gil, Alicia, La sustracción y alteración de la filiación de menores durante la guerra civil y el franquismo: aspectos penales, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, Nº 1, Enero de 2009, página 55.

II.II. Las medidas de justicia transicional

En sus primeros años, el régimen fue aislado internacionalmente por sus relaciones con los regímenes de Hitler y Mussolini. En 1946 la Asamblea General de las Naciones Unidas había adoptado la resolución 32 (I) por la que se afirmaba que el régimen de Franco había sido fundado con el apoyo de las potencias del Eje y no poseía en vista de sus orígenes, naturaleza, historia e íntima asociación con los Estados agresores, las condiciones necesarias que justificaran su admisión. El 12 de diciembre de 1946 la Asamblea recomendó la exclusión del régimen de Franco como miembro de los organismos internacionales establecidos por las Naciones Unidas así como su participación en las conferencias hasta que se instaurase un gobierno nuevo y aceptable. Por último, recomendó el retiro inmediato de sus embajadores y ministros plenipotenciarios acreditados en Madrid. El 4 de noviembre de 1950 la Asamblea General aprobó la resolución 386 (V) por la que, considerando que el establecimiento de relaciones diplomáticas con un gobierno no implicaba juicio alguno sobre su política nacional, decidió revocar la recomendación del retiro del cuerpo diplomático. El 14 de diciembre de 1955, la Asamblea General aprobó su admisión como miembro pleno por 55 votos a favor, 0 en contra y 2 abstenciones⁵¹.

El régimen franquista se mantuvo en el poder hasta el año 1975 -es decir, casi cuarenta años desde el golpe de estado- cuando la muerte de Franco (20 de noviembre de 1975) precipitó la transición hacia un régimen democrático. Durante todo este tiempo, Franco se había opuesto a la reintegración de las personas separadas de sus cargos a consecuencia de la contienda así como la posibilidad de que fueran beneficiarios de una pensión o indemnización. Además, ordenó la incautación de propiedades a partidos políticos, sindicatos y particulares⁵². Por el contrario, las

⁵¹ Para un detalle de la admisión de España como miembro de las Naciones Unidas véase Dojas, Alberto, *Amenazas, respuestas y régimen político*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Eudeba, 2011, página 307.

⁵² Aguilar Fernández, Paloma, *La justicia transicional en los casos español, argentino y chileno*, Conferencia Internacional Paz y Justicia – Elementos Conformadores del Futuro, Nuremberg, 25-27 de junio de 2007, página 2.

víctimas del lado nacional obtuvieron reparación y la Causa General⁵³ permitió conocer en detalle los crímenes cometidos por el bando republicano. Se erigieron monumentos en nombre de los caídos y se permitió la apertura de las fosas donde se encontraban los cuerpos de los asesinados por los republicanos.

Fallecido el dictador, el referéndum sobre la Ley de Reforma Política del Estado abrió la puerta para la realización de elecciones generales democráticas. Se redactó una nueva Constitución que fue confirmada por referéndum el 6 de diciembre de 1978. A pesar de su caracterización interna como modélica, durante el período transicional se registraron 718 muertes por motivos políticos⁵⁴ y en el año 1981 tuvo lugar un intento de golpe de Estado, conocido como 23 F⁵⁵.

Durante el proceso transicional, la reconciliación nacional se erigió en el objetivo prioritario y las potenciales reclamaciones de las víctimas quedaron relegadas a un segundo plano. No hubo purgas en las administraciones civiles ni militares, incluidos la policía, el sistema judicial, educativo ni el ejército. No se realizó esfuerzo alguno para eliminar los monumentos y símbolos del franquismo⁵⁶. La posibilidad del resurgimiento de un nuevo conflicto jugó un papel importante en la adopción de esta ley y desalentó a las víctimas del franquismo a buscar reparación por los perjuicios sufridos durante la dictadura. A esto debe sumarse que los organismos internacionales de protección de derechos humanos que conocemos actualmente no existían o tenían la suficiente capacidad para ejercer presión sobre los gobiernos⁵⁷. Desde el punto de

⁵³ Causa General informativa de los hechos delictivos y otros aspectos de la vida en la zona roja desde el 18 de julio de 1936 hasta la liberación”, creada por el Ministerio de Justicia del gobierno de España por decreto de 26 de abril de 1940.

⁵⁴ Urdillo, Ursula, Impunity for enforced disappearances in contemporary Spain. The Spanish Search for Truth, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 6, 2011-2012, páginas 49 y 50.

⁵⁵ Para un relato de los eventos del 23 F véase Cardona, Gabriel, Las torres del honor, un capitán del ejército en la Transición y el golpe de estado del 23 F, Barcelona, Destino, 2011, pp. 335; también Pinilla García, Alfonso, El laberinto del 23 F: lo posible, lo improbable y lo previsto en la trama, Madrid Cáceres : Biblioteca Nueva Universidad de Extremadura, 2010, pp. 189.

⁵⁶ Gil Gil, Alicia, “Spain as an example of total oblition with partial rehabilitation,” página 108, en Almqvist, Jessica y Espósito, Carlos, *The Role of Courts in Transitional Justice. Voices from Latin America and Spain*, Routledge, 2011, pp. 326.

⁵⁷ Aguilar Fernández, Paloma, La justicia transicional en los casos español, argentino y chileno, Conferencia Internacional Paz y Justicia – Elementos Conformadores del Futuro, Nuremberg, 25-27 de junio de 2007, página 3.

vista de la justicia criminal, ningún actor político importante ni organización de la sociedad civil planteó seriamente el ejercicio de la acción punitiva del Estado frente a los responsables del régimen franquista⁵⁸.

Los partidos políticos compartían la creencia de que el olvido, la superación de los errores del pasado y la reconciliación, era la estrategia adecuada para la transición hacia la democracia y la ley de amnistía de 1977 (que fue la primera ley aprobada por el nuevo parlamento democrático), se erigió en una pieza central del proceso transicional. La ley ha sido utilizada para impedir las posibles reclamaciones de *rendición de cuentas* por la vía judicial para aquellos actos de motivación política e, implícitamente, el ejercicio del derecho a saber de las víctimas y sus familiares⁵⁹, ubicándolas en un estado de indefensión. Como afirma Gil y Gil, la transición española se basó en un modelo de olvido del pasado con rehabilitación parcial en el que se renunció a cualquier intención sancionatoria de los responsables de los crímenes del franquismo como también a las intenciones de descubrir la verdad sobre lo acontecido. Se trató, en pocas palabras, de un modelo de impunidad⁶⁰ en el que no se crearon “comisiones de la verdad” al estilo de las establecidas en Argentina, Chile o Sudáfrica y la Causa General desarrollada por el régimen franquista sólo incluyó a las víctimas del bando nacional. Respecto del bando republicano, miles de las personas que murieron en los frentes o en las operaciones de la retaguardia siguen sin ser localizadas⁶¹ y sólo recientemente se ha comenzado a hablar de la necesidad de reconocer derechos de reparación a sus familiares junto con la obligación del Estado de proveer los recursos necesarios para ello.

⁵⁸ Aguilar Fernández, Paloma, La justicia transicional en los casos español, argentino y chileno, Conferencia Internacional Paz y Justicia – Elementos Conformadores del Futuro, Nuremberg, 25-27 de junio de 2007, página 3.

⁵⁹ Preston, Paul, *La Guerra Civil Española*, Random House Mondadori, 2006, pp. 387, página 24.

⁶⁰ Gil Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, 2009, Atelier, Barcelona, página 100.

⁶¹ Informe Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, 28 de julio de 2006, 28 de julio de 2006, página 22, disponible en <http://www.mpr.gob.es/NR/rdonlyres/3834DA97-8D86-4CD0-AE2E-7C8AA123725A/77935/InformeGeneral.pdf>.

La ley de amnistía de 1977

El 14 de octubre de 1977 el Congreso de los Diputados de España adoptó en sesión plenaria una ley por la que quedaban amnistiados todos los actos de intencionalidad política cometidos con anterioridad al 6 de octubre de 1977. Se trató de la primera ley aprobada por las nuevas cortes democráticas. Esta ley de amnistía había sido presentada conjuntamente y aprobada con el apoyo de los grupos parlamentarios de UCD, Socialista, Comunista, Minoría Vasco-Catalana, Mixto y Socialista de Cataluña. La Alianza Popular se abstuvo. El resultado de la votación fue de 296 votos a favor, 2 votos en contra y 18 abstenciones. La Alianza Popular rechazó la idea de que la ley de amnistía contribuyese a la reconciliación nacional y en su lugar expresó que podría generar inseguridad social, institucionalización del desconocimiento del Estado de Derecho y erosión de la autoridad. El grupo señaló que sí apoyaba una amnistía para quienes estaban cumpliendo condena por actos o hechos que constituían el ejercicio legítimo de los derechos democráticos y afirmó que la única medicina para hacer frente al pasado represivo era la aplicación de la ley y la justicia⁶². El grupo Socialista consideró que la misma no satisfacía todos los anhelos del partido y que podía además generar una situación de frustración para aquellos que habían luchado por los ideales democráticos, convirtiéndose así en un factor negativo para la convivencia y la pacificación de los españoles. Aunque votó a favor, advirtió que hubiera sido necesaria la adopción de medidas de reparación moral⁶³. El representante de la Unión de Centro Democrático señaló si bien su partido era consciente de que la amnistía nunca sería suficientemente justa consideró que era necesaria porque sentaba las bases para la definitiva institucionalización de un Estado democrático de Derecho y pretendía superar las divisiones del pasado⁶⁴. Es decir, de los debates parlamentarios de la ley permite afirmar que su objetivo principal era cerrar definitivamente una etapa de la historia de España y así avanzar en la

⁶² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, viernes 14 de octubre de 1977, Número 24, Año 1977, páginas 956 a 959.

⁶³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, viernes 14 de octubre de 1977, Número 24, Año 1977, pág. 963.

⁶⁴ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, viernes 14 de octubre de 1977, Número 24, Año 1977, pág. 973.

reconciliación nacional y en la credibilidad democrática a través de un espíritu de concordia.

La ley de amnistía ha sido considerada como una pieza clave en el proceso de transición democrática en España⁶⁵ y significó, por un lado, la liberación de los presos políticos y por otro, la imposibilidad de realizar investigaciones criminales a los oficiales y agentes del régimen de Franco. La ley amnistiaba: a) todos los actos de intencionalidad política, cualquiera que fuese su resultado, tipificados como delitos y faltas, realizados con anterioridad al 15 de diciembre de 1976; b) los actos de la misma naturaleza, realizados entre el 15 de diciembre de 1976 y 15 de junio de 1977, siempre que se apreciara un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de la autonomía de los pueblos de España; c) los actos de idéntica naturaleza e intencionalidad realizados hasta el 6 de octubre de 1977, siempre que no hubieran supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas; d) los delitos y faltas cometidas por autoridades, funcionarios y agentes del orden público con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos comprendidos en su ámbito; e) los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas. Entre los actos de intencionalidad política se encontraban los delitos de sedición y rebelión, la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar y los actos de expresión de opiniones, dirigidos especialmente a los que se oponían al régimen franquista.

Mientras que los opositores al régimen que se encontraban encarcelados como resultado de una condena por sentencia judicial recuperarían su libertad personal, los responsables de la represión franquista vieron garantizada la impunidad⁶⁶ porque se

⁶⁵ El gobierno de España, en su respuesta a los comentarios del Comité de Derechos Humanos resaltó el papel clave que jugó la ley de amnistía en el proceso transicional. Véase Comentarios del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, 13 de enero de 2009. Capellà i Roig afirma que la ley fue celebrada como la primera conquista de la transición española. Capellà i Roig, Margalida, *Las "desapariciones forzadas" en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de derecho internacional sin reparación ni castigo*, Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. 6, 1999, pp. 265-302.

⁶⁶ Gil Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, 2009, Atelier, Barcelona, página 53.

renunciaba a su persecución judicial⁶⁷. En los casos en los que existían procesos pendientes contra el personal militar, por ejemplo, la amnistía significaba la extinción de las penas y el reconocimiento de los derechos pasivos que les correspondan en su situación (artículo sexto). De acuerdo con el artículo noveno, la aplicación de la amnistía correspondía con exclusividad a los jueces, tribunales y autoridades judiciales, quienes adoptarían las decisiones pertinentes en cumplimiento de la Ley, cualquiera que sea el estado de tramitación del proceso y la jurisdicción de que se trate. La amnistía para los funcionarios del régimen ponía de manifiesto la decisión política de renunciar a la persecución penal de estos⁶⁸. Autores como Aguilar afirman que la ley es una de punto final, porque a cambio de liberar a los presos políticos con delitos de sangre se impedía el juicio de la dictadura franquista⁶⁹.

Las medidas de reparación a las víctimas

Iniciada la transición, se pretendió rehabilitar a las víctimas de la represión franquista a través del reconocimiento progresivo de derechos económicos, pensiones así como la anulación de sanciones administrativas, entre otras. En opinión de Gil Gil, se pasó de un modelo de olvido absoluto a uno que aspiraba a rehabilitar a las víctimas que hasta ese momento habían sido completamente marginadas⁷⁰. De acuerdo con el informe de 2006 de la Comisión Interministerial sobre la situación de las víctimas del franquismo, se adoptaron las siguientes medidas: el Real Decreto-Ley 10/1976, de 30 de julio, sobre Amnistía, sentó las bases para la posterior aplicación de las medidas concretas en materia de reconocimiento de servicios; la Ley 46/1977, de 15 de

⁶⁷ Informe Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, 28 de julio de 2006, página 30, disponible en <http://www.mpr.gob.es/NR/rdonlyres/3834DA97-8D86-4CD0-AE2E-7C8AA123725A/77935/InformeGeneral.pdf>.

⁶⁸ Idem, página 30

⁶⁹ Aguilar, Paloma, La justicia transicional en los casos español, argentino y chileno, Conferencia Internacional Paz y Justicia – Elementos Conformadores del Futuro, Nuremberg, 25-27 de junio de 2007, página 5.

⁷⁰ Gil Gil, Alicia, Spain as an example of total oblition with partial rehabilitation, página 109, en Almqvist, Jessica y Espósito, Carlos, *The Role of Courts in Transitional Justice. Voices from Latin America and Spain*, Routledge, 2011, pp. 326.

octubre, de Amnistía, estableció, entre otras medidas, la reintegración en plenitud de los derechos activos y pasivos de los funcionarios civiles sancionados, la percepción de pensiones por parte de los herederos en caso de fallecimiento y la percepción del haber pasivo que correspondiera en el caso de militares profesionales y miembros de las Fuerzas de Orden Público; la Ley 37/1984, de 22 de octubre, reconoció derechos y servicios prestados a quienes durante la Guerra Civil formaron parte de las Fuerzas Armadas, Fuerzas de Orden Público y Cuerpo de Carabineros de la República; el Decreto 3357/1975, de 5 de diciembre, reconoció alrededor de 5.000 pensiones de Clases Pasivas y mejoró unas 3.000 pensiones ya existentes; el Real Decreto 10/1976, de 30 de julio (amnistía por los delitos y faltas de intencionalidad política y social), reconoció 500 pensiones a funcionarios de la Administración General del Estado y el Decreto 1081/1978, de 2 de mayo (aplicación del anterior Real Decreto) permitió otorgar alrededor de 3.000 pensiones a los funcionarios de la Generalidad de Cataluña; la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía, supuso el reconocimiento de 35.000 pensiones a funcionarios del antiguo Cuerpo de Seguridad y Asalto y otras 2.500 pensiones a funcionarios de distintos Cuerpos y Escalas reprimidos por la misma causa; el Real Decreto-Ley 44/1978, de 21 de diciembre, supuso el reconocimiento de 500 pensiones de funcionarios de la Administración de Justicia que habían sido separados del servicio; los Reales Decretos 1555/1977, de 2 de junio y 329/1979, de 13 de febrero, dispusieron el reconocimiento o mejora de 15.000 pensiones a Maestros Cursillistas procedentes del Plan Profesional de 1931 y Cursillistas del Magisterio Nacional Primario de 1936; el Real Decreto - Ley 6/1978, de 6 de marzo, por el que se regula la situación de los militares que tomaron parte en la guerra civil y la Ley 10/1980, de 14 de marzo, sobre modificación del Real Decreto Ley 6/1978, de 6 de marzo, supusieron el reconocimiento de más de 13.000 pensiones a militares profesionales pertenecientes a las Fuerzas e Institutos Armados al servicio de la II República con anterioridad al 18 de julio de 1936, y la reconstrucción de las hipotéticas carreras militares que hubieran podido desarrollar; el Decreto 670/1976, de 5 de marzo, reguló las pensiones a favor de los españoles que habiendo sufrido mutilación a causa de la pasada contienda no pudieran integrarse en el Cuerpo de Caballeros Mutilados de Guerra por la Patria; la Ley 35/1980, de 26 de junio, sobre pensiones a los mutilados excombatientes de la zona republicana; el Real Decreto 31/1982, de 12

de febrero, por el que se integran en el régimen general de la Seguridad Social a efectos de asistencia sanitaria y servicios sociales a los mutilados ex-combatientes de la zona republicana; la Ley 6/1982, de 29 de marzo, de pensiones a los mutilados civiles de guerra; la Ley 18/1984, de 8 de junio, sobre reconocimiento como años trabajados a efectos de la Seguridad Social de los periodos de prisión sufridos como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley de Amnistía de 15 de octubre de 1977; la Disposición Adicional Decimoctava de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990, en la que se establece una indemnización de pago único para quienes hubieran sufrido privación de libertad en establecimientos penitenciarios durante tres o más años como consecuencia de los supuestos contemplados en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía; la Ley 18/1984, de 18 de junio, estableció el reconocimiento del tiempo sufrido en prisión por causas políticas, durante la Guerra y la posguerra, como período cotizado a la Seguridad Social, a efectos de pensión. Este sistema se vio complementado mediante la adopción de medidas en cada una de las comunidades autónomas del país.

Tabla 5 Situación de las víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo

COLECTIVOS	BENEFICIARIOS RECONOCIDOS	BENEFICIARIOS ACTUALES
Funcionarios civiles	49.000	Sin datos ⁷¹
Militares profesionales	60.000	3.251
Familiares de militares profesionales		13.787
Militares no profesionales	140.000	10.180
Familiares de militares no profesionales		31.929
Fallecimiento o desaparición	110.000	20.558
Mutilados ex-combatientes	55.000	3.918
Familiares de mutilados ex-combatientes	40.000 ⁷²	6.545
Civiles mutilados	59.000	5.048

⁷¹ El número de beneficiarios actuales de estas pensiones no puede detallarse, puesto que desde su concesión se integraron plenamente en el Régimen General de Clases Pasivas, sin ninguna distinción específica con los beneficiarios preexistentes.

⁷² Incluye tanto ex combatientes como civiles.

Familiares de civiles mutilados		727
TOTAL	513.000	95.943

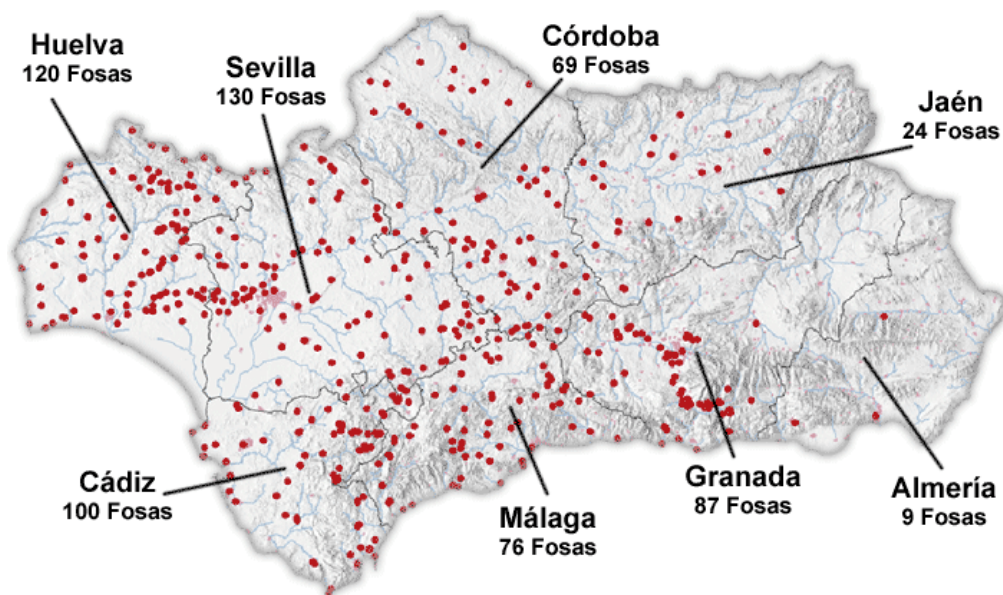
Fuente: Informe general de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y del Franquismo, 28 de julio de 2006, página 58

En materia de desaparición de personas y exilio durante la guerra civil, se elaboraron dos instrumentos relevantes: la Ley 5/1979, de 18 de septiembre, sobre reconocimiento de pensiones, asistencia médico-farmacéutica y asistencia social a favor de las viudas, hijos y demás familiares de los españoles fallecidos como consecuencia o con ocasión de la pasada Guerra Civil. De acuerdo con el informe de la Comisión Interministerial, se otorgaron 110.000 pensiones a los familiares de los fallecidos o declarados fallecidos o desaparecidos como consecuencia de la guerra civil y eventos anteriores. Por último, la Ley 3/2005, de 18 de marzo, reconoció una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional.

Algunas comunidades autónomas han llevado adelante investigaciones tendientes a la búsqueda y la recuperación de los cuerpos de las personas desaparecidas y ejecutadas extrajudicialmente durante la guerra civil. En un informe de la Consejería de Justicia de Andalucía se registra la existencia de 614 fosas comunes que contendrían hasta 47.000 cadáveres⁷³. Huelva (120), Sevilla (130) y Cádiz (100) contienen entre ellas más de la mitad de las fosas en la comunidad. En palabras del informe de la Consejería: *“La más cruel de estas formas de represión y la más directamente orientada a borrar la memoria del enemigo fue la del asesinato sin causa judicial y el enterramiento en fosas comunes. El conocimiento de este atroz episodio de desaparición masiva intenta no sólo llenar un vacío historiográfico, sino ante todo facilitar que los espacios ocupados por estas fosas sean considerados como lugares de la memoria, que los restos allí enterrados puedan ser inhumados conforme a la*

⁷³ Artacho, F. y Grimaldi, F., Andalucía desvela pueblo a pueblo la represión franquista, Público, 29 de diciembre de 2010, disponible en <http://memoriahistorica.org.es/joomla/index.php/component/content/article/108-andalucia-desvela-pueblo-a-pueblo-el-terror-franquista>

*legalidad y al ritual de sus allegados y que esas víctimas ignoradas sean honradas, reconocidas y rehabilitadas públicamente”.*⁷⁴



Fuente: Mapa de fosas de las víctimas de la guerra civil y la posguerra en Andalucía, Consejería de Administración local y relaciones institucionales, Junta de Andalucía, disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/administracionlocalyrelacionesinstitucionales/mapadefosas/index.jsp>

Se trata, sin embargo, de iniciativas aisladas que no representan una política oficial y del análisis de las disposiciones de reconocimiento de derechos a las víctimas y sus familiares recién mencionadas, se concluye que no existe en la legislación española una medida destinada especialmente a los desaparecidos del franquismo ni a los niños que, habiendo nacido en cautiverio o detenidos junto con sus madres en las prisiones franquistas, se les suprimió su identidad y separó de sus familias biológicas para ser educados por las instituciones del Estado y bajo los denominados verdaderos valores hispánicos. La Comisión Interministerial hace mención en su informe a los casos de personas ejecutadas extrajudicialmente, con ocultamiento de las circunstancias del

⁷⁴ Mapa de fosas de las víctimas de la guerra civil y la posguerra en Andalucía, Consejería de Administración local y relaciones institucionales, Junta de Andalucía, disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/administracionlocalyrelacionesinstitucionales/mapadefosas/index.jsp>

fallecimiento y el lugar de entierro. Mientras que la situación de los caídos del bando nacional se conoce, la de los caídos del bando republicano no. Y afirma que no existe un censo sobre los desaparecidos en España y que el número y ubicación de los enterramientos aún se desconoce. En consecuencia, propuso: a) la apertura de archivos para localizar los enterramientos y la identificación de los fallecidos; b) que se declaren de utilidad pública los trabajos de localización e identificación; c) la elaboración de un protocolo de exhumación; d) la concesión de ayudas públicas para facilitar los trabajos de exhumación⁷⁵.

Frente a esta situación, autores como Julián Casanova han instado al gobierno a crear una Comisión Nacional sobre la desaparición de personas por la violencia política durante la guerra civil y el franquismo⁷⁶ y propuesto la creación de una fiscalía especializada que impulse una investigación destinada a esclarecer lo sucedido con las víctimas de desapariciones forzadas⁷⁷.

⁷⁵ Informe Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, 28 de julio de 2006, página 82, disponible en <http://www.mpr.gob.es/NR/rdonlyres/3834DA97-8D86-4CD0-AE2E-7C8AA123725A/77935/InformeGeneral.pdf>.

⁷⁶ Casanova, Julián, Desaparecidos, *El País*, 10 de julio de 2008.

⁷⁷ Amnistía Internacional, España: poner fin al silencio en relación a la injusticia, la deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y del régimen franquista, 2005, disponible en www.es.amnesty.org/paises/espana, también Miguel Ángel Rodríguez Arias, "La nueva ley "de la memoria" y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo", *Revista Jueces para la Democracia*, nº 63, noviembre de 2008, pp. 68-85, p. 75.

II.III. Las medidas post-transicionales

“No hay derecho a que todos aquellos a quienes durante la transición se les dijo que no porque era demasiado pronto, ahora se les diga que tampoco porque es demasiado tarde”⁷⁸.

El informe de la Comisión Interministerial

El 20 de noviembre de 2002, el Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad una resolución de reconocimiento moral de las víctimas de la guerra civil y el franquismo que debía recibir el apoyo de las instituciones y evitar reavivar viejas heridas. No se condena expresamente al franquismo aunque se señala de modo general, que nadie podía sentirse legitimado, como había ocurrido en el pasado, para utilizar la violencia con la finalidad de imponer sus convicciones políticas y establecer regímenes totalitarios contrarios a la libertad y a la dignidad de todos los ciudadanos, lo que merecía la condena y repulsa de nuestra sociedad democrática⁷⁹. Santos Juliá afirma que se trató de una declaración ambigua que no condenaba el alzamiento militar ni la dictadura franquista sino el uso de la violencia política para imponer sus ideas y que esa ambigüedad podía llevar a entender que la declaración incluía también las insurrecciones anarquistas de 1932 y 1933 y a las rebeliones socialista y catalanista de 1934⁸⁰. Sin embargo, para la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, la resolución era un reconocimiento moral hacia las víctimas de la guerra civil y del franquismo⁸¹.

El 1 de junio de 2004, el Congreso de los Diputados aprobó una proposición no de ley sobre el reconocimiento de las víctimas de la guerra civil y la dictadura

⁷⁸ Declaración de la Señora Etxegoyen Gaztelumendi, por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, en el pleno del Senado del 10 de diciembre de 2007, en ocasión de la discusión de la denominada Ley de Memoria Histórica, p. 8882.

⁷⁹ http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/D/D_448.PDF

⁸⁰ Juliá, Santos, Y el último consenso, 25 de abril de 2010, disponible en http://www.tendencias21.net/espana/Y-el-ultimo-consenso_a14.html

⁸¹ Informe de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, página 8, 28 de julio de 2006, disponible en <http://www.mpr.gob.es/NR/rdonlyres/3834DA97-8D86-4CD0-AE2E-7C8AA123725A/77935/InformeGe%20neral.pdf>

franquista por la que instaba al gobierno español a realizar un informe sobre los daños y perjuicios derivados de la guerra, a preparar un proyecto de solidaridad y reconocimiento moral a las víctimas, la concesión de ayudas económicas y la preparación de un informe sobre el estado de los archivos públicos y privados relacionados con la guerra civil y la dictadura. En cumplimiento de esta proposición, se creó una comisión para que llevase adelante un estudio sobre las medidas adoptadas y derechos reconocidos hasta ese momento y elaborase un anteproyecto de ley. El 28 de julio de 2006, la comisión elevó el informe que consta de 93 páginas en el que se detallan las medidas adoptadas desde la transición, sus beneficiarios así como las lagunas en la legislación y en la reparación. La Comisión propuso la adopción de medidas de reconocimiento general, el establecimiento de mecanismos para dar lugar a la reparación individual de las víctimas, el reconocimiento a los exiliados, la mejora de las pensiones e indemnizaciones, la retirada de símbolos que exaltasen la guerra y la dictadura, la facilitación de las tareas de localización de fallecidos y la concesión de ayudas con este fin, entre otras.

Uno de los resultados de la labor de esta Comisión fue la ley por la que se reconocen y amplían derecho y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y el franquismo, conocida popularmente como Ley de Memoria Histórica.

La ley de Memoria Histórica (2007)

El 26 de diciembre de 2007 el Congreso de los Diputados aprobó la ley 52/2007⁸² denominada comúnmente como Ley de Memoria Histórica por 185 votos a favor contra 137. Tiene como objeto reparar moralmente y recuperar la memoria personal y familiar de las víctimas de la dictadura franquista a través de: a) el reconocimiento de derechos de reparación a las víctimas; b) la declaración de ilegitimidad de los tribunales existentes durante la dictadura y sus sentencias; c) el

⁸² Ley 5/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, disponible en <http://leymemoria.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/LeyMemoria/es/ley-de-la-memoria-historica->

establecimiento de pautas para la eliminación de los símbolos y signos franquistas; d) el reconocimiento del derecho de las víctimas a iniciar procedimientos de localización e identificación “de las personas desaparecidas violentamente durante la Guerra Civil o la represión política posterior y cuyo paradero se ignore”; e) el reconocimiento del derecho de las víctimas y de sus familias a obtener una declaración de reconocimiento persona de la injusticia cometida contra ellas; f) la garantía de acceso a los archivos públicos; g) la creación de un Centro Documental de la Memoria Histórica.

Los debates parlamentarios demuestran que no fue una ley aprobada sin controversia y en su camino fueron presentadas varias enmiendas, tanto parciales como a la totalidad. En la explicación del proyecto de ley, la por entonces vicepresidenta primera del gobierno, María Teresa Fernández de la Vega, señaló que se hacía frente a una deuda pendiente con las víctimas y con las generaciones futuras y que significaba un paso importante en el reconocimiento de derechos para quienes habían defendido la legalidad republicana. Recordó además que la transición española había sido ejemplar y que su espíritu, basado en la reconciliación nacional y la concordia no se vería afectado por el proyecto de ley. Fernández de la Vega afirmó que la ley no pretendía reescribir la historia sino consagrar, facilitar y proteger el derecho de toda persona a su memoria individual⁸³.

El representante del Partido Popular señaló que la ley pretendía imponer una verdad oficial y que era innecesaria porque las heridas del pasado habían quedado cerradas definitivamente con la transición, la reconciliación nacional y la Constitución de la concordia. Agregó que la ley era irrelevante porque introducía derechos ficticios, *“como el pretendido nuevo derecho fundamental denominado derecho a la memoria personal y familiar”*⁸⁴. El representante de Esquerda Republicana manifestó la decepción de su partido por el resultado de la ley pero por motivos diferentes de los señalados por el Partido Popular. En su opinión, la ley no había ido lo suficientemente lejos en la protección de las víctimas y afirmó que si el Estado no había podido juzgar a los responsables de crímenes contra la humanidad, sí tenía la obligación de establecer

⁸³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 14 de diciembre de 2006, Número 22, páginas 11256 y ss.

⁸⁴ Idem, página 11260.

un mecanismo de reconciliación como podía ser una comisión de la verdad, al estilo de la establecida en Sudáfrica y en otros países⁸⁵. Similar posición fue adoptada por Izquierda Unida, que recordó que la opinión pública española se había horrorizado en su momento por los métodos tortura de la dictadura chilena mientras se desconocía que el régimen franquista había desaparecido a 30.000 personas. En materia de identificación y exhumación de fosas, lamentó la privatización de una actividad que debía ser pública y oficial al recordar que la ley sólo limitaba al Estado a cooperar con las iniciativas de los particulares. Concluyó señalando que el problema español no había sido el perdón sino el olvido posterior y que la ley que se estaba discutiendo ponía obstáculos a los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación⁸⁶.

El representante del Grupo Mixto afirmó que mientras que los familiares de uno de los bandos habían podido recuperar los restos de sus muertos y despedirlos dignamente, otros seguían buscándolos, situación que había que reparar⁸⁷. Por su parte, el representante de Eusko Alkartasuna reclamó una política activa en relación con la localización de fosas, identificación de los restos y devolución a sus familiares⁸⁸. El representante del Grupo Vasco consideró que la transición no había sido idílica, como había afirmado la vicepresidenta del gobierno, y que las víctimas del franquismo habían soportado cuarenta años de oprobio, exilio y olvido y que muchas seguían enterradas en cunetas en lugares desconocidos de España. Agregó que si el objetivo de la ley era buscar la verdad, era necesario dar a la luz los nombres de las personas responsables de los crímenes del franquismo. En cuanto al tema de las fosas, criticó que la única función del Estado fuese la de ser un facilitador para los particulares y señaló la necesidad de una política activa y de oficio de identificación y exhumación⁸⁹, tal y como ha sido reconocido en la Convención Internacional contra las desapariciones forzadas de 2006.

⁸⁵ Idem, página 11263.

⁸⁶ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 14 de diciembre de 2006, Número 22, p. 11265, 11266 y 11267.

⁸⁷ Idem, página 11274.

⁸⁸ Idem, página 11275.

⁸⁹ Idem, páginas 11276 a 11278.

En ocasión del debate en el pleno del Senado sobre la ley, el senador Sampol I Mas señaló, como lo habían hecho varios grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados, que el punto más débil del proyecto era la ausencia de un rol activo del Estado en materia de localización de fosas, identificación de restos y exhumaciones. Afirmó que se trataba de una tarea que no podía delegarse en los particulares y propuso que el Estado financie los métodos científicos para identificar los restos⁹⁰. El representante de Eusko Alkartasuna propuso la creación de una comisión de la verdad que tuviera como objeto recoger testimonios e información sobre la represión franquista, la creación de una fiscalía especializada encargada del análisis, esclarecimiento de hechos y de la reparación a las víctimas⁹¹.

A pesar de las falencias y reivindicaciones expuestas por los parlamentarios, la ley de memoria histórica es el primer reconocimiento oficial de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por el régimen de Franco y reconoce los derechos “*a favor de quienes padecieron persecución o violencia, por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa, durante la Guerra Civil y la Dictadura*”. Consta de 22 artículos y sienta las bases para el desarrollo de una política pública de la memoria.

La ley declara la ilegitimidad de los tribunales, jurados y cualesquiera otros órganos penales o administrativos que, durante la guerra civil, se hubieran constituido para imponer, por motivos políticos, ideológicos o de creencia religiosa, condenas o sanciones de carácter personal, así como la de sus resoluciones. El artículo 4 reconoce el derecho de las víctimas a una declaración de reparación y reconocimiento personal pero que no tendrá carácter económico o patrimonial. Los artículos 5 a 10 contienen disposiciones relativas a medidas de carácter económico, asistencial y tributario para las víctimas de la guerra civil y el franquismo. El artículo 15 dispone la retirada de escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la guerra civil y de la represión de la Dictadura. El artículo 20 dispone la creación de un Centro Documental de la Memoria Histórica y Archivo General de la Guerra Civil y el artículo 22 garantiza el acceso a los fondos documentales. En materia de desaparición forzada de personas, la ley reconoce

⁹⁰ Pleno Senado, sesión de 10 de diciembre de 2007, Número 140, p. 8890.

⁹¹ Pleno Senado, sesión de 10 de diciembre de 2007, Número 140, p. 8892.

el derecho de los familiares y allegados a localizar, identificar y, de ser posible, recuperar los restos de sus seres queridos. Para ello, el Estado articularía los procedimientos que facilitasen dichas actividades⁹².

En el ámbito específico de las desapariciones, la ley reconoce el derecho de los familiares y allegados a localizar, identificar y, de ser posible, recuperar los restos de sus seres queridos. Para ello, el Estado articularía los procedimientos que facilitasen dichas actividades. Es un paso importante porque reconoce por primera vez en la legislación (en su artículo 11) la existencia de personas desaparecidas violentamente durante la guerra civil y la posterior dictadura y cuyo paradero se ignora. Sin embargo, El Estado sólo *facilitará* a los descendientes directos de las víctimas que lo soliciten las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas durante la guerra civil y el franquismo. Por último, es necesario recordar que La ley dispone en su artículo 13(3) que las exhumaciones estarán supeditadas a autorización de la autoridad administrativa competente.

⁹² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 14 de diciembre de 2006, Número 22, p. 11258.

CAPITULO III. INVESTIGAR Y REPARAR EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Los Estados tienen el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos¹ y si aún así estas se han producido, debe poner a disposición de las víctimas un remedio efectivo que incluya el acceso equitativo y efectivo a la justicia, el derecho a una reparación adecuada por el perjuicio sufrido, y el ejercicio del derecho a la verdad². Se trata de obligaciones positivas para los Estados reconocidas en el derecho internacional: en primer lugar, a través de la investigación, persecución y castigo de los responsables; en segundo lugar, por intermedio de la reparación a las víctimas, tanto material como moral y psicológicamente; por último, a través de la clarificación a las víctimas y la sociedad en su conjunto de todo lo que pueda razonablemente saberse sobre las circunstancias del crimen o lo que es lo mismo, el derecho a la verdad. Estas obligaciones, que podrían resumirse en el derecho de las víctimas a la justicia, a la reparación y a la verdad, son independientes y distintas³ unas de otras pero también complementarias⁴. Como todas las obligaciones libremente asumidas, deben ser ejecutadas de buena fe, con la consecuencia de que si una de ellas no puede ser cumplida, el Estado continúa con la obligación de cumplir con el resto de la mejor manera posible⁵. Por ejemplo, la existencia de una ley de amnistía u otra medida de clemencia no afecta el derecho de las víctimas a la reparación ni menoscabará su derecho a saber la verdad sobre lo acontecido⁶.

¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, 29 de julio de 1988, para. 174.

² Bassiouni, Cherif, International Recognition of Victims' Rights, *Human Rights Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 203-279, página 260.

³ Roht-Arriaza, Naomi, Reparations Decisions and Dilemmas, *Hastings International and Comparative Law Review*, 2004, Vol. 27, Winter, 157-219, página 157.

⁴ Gómez Isa, Felipe, Derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, página 37, en Felipe Gómez Isa (dir), *El derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2006, pp. 623.

⁵ Méndez, Juan, The Human Right to Truth: Lessons Learned from Latin American Experiences with Truth Telling, en T. A. Borer (ed), *Telling Truths: Truth telling and Peace Building in Post-Conflict Societies*, University of Notre Dame Press, pp. 115-150, página 117.

⁶ Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, 8 de

El derecho de las víctimas a un recurso efectivo frente a violaciones a los derechos humanos ha sido reconocido en la mayoría de los instrumentos internacionales y regionales de protección de los derechos humanos, como puede ser el artículo 2(3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 13 de la Convención contra la Tortura, el artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 6(2) de Protocolo para la prevención, supresión, y castigo del tráfico de personas, especialmente niños y mujeres; el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales, el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; el artículo 7(1)(a)(25) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El derecho a la justicia incluye dos aspectos: en primer lugar, el deber del Estado de poner a disposición de las víctimas los procesos destinados a denunciar, procesar, enjuiciar y eventualmente condenar a los responsables; en segundo lugar, la puesta en práctica de medidas destinadas a evitar la impunidad⁷. Los *Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas a los derechos humanos y de violaciones graves al derecho a interponer recursos y obtener reparaciones* (en adelante Principios y directrices en materia de reparación frente a violaciones graves de derechos humanos)⁸ aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2006, conceden un papel destacado al derecho de acceso a la justicia en caso de violaciones graves a los derechos humanos.

El derecho a un recurso debe ser rápido, adecuado y útil⁹. En casos de desaparición forzada de personas, el derecho a un recurso efectivo implica por un lado

febrero de 2005, principio 24(b). En el mismo sentido, Zalaquett, José, *Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Applicable Principles and Political Restraints*, *Hamline Law Review*, Nº 13, 1990, página 631.

⁷ Gómez Isa, Felipe, *Derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos*, página 44, en Felipe Gómez Isa (dir), *El derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2006, pp. 623.

⁸ Resolución 60/147, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 21 de marzo de 2006.

⁹ D'Argent, Pierre, *Responsabilité Internationale, Droits de l'homme et droit humanitaire*, *Annuaire Français de Droit International*, Volume 55, 2006, pp. 27-55, página 47.

la obligación de investigar las desapariciones mientras perdure la incertidumbre sobre la suerte de la persona desaparecida y por otro la obligación de reparar en sentido amplio. La realización de una investigación efectiva no se reduce simplemente a la determinación de la responsabilidad penal sino que incluye además, y como consecuencia de la gravedad del fenómeno, la determinación de los hechos y las circunstancias de la desaparición, ente otros aspectos, y en sentido más amplio el ejercicio del derecho a la verdad.

La obligación del Estado de reparar, por su parte, ha sido reconocida en la mayoría de los tratados de protección de los derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 2(3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho a un recurso efectivo, ha sido interpretado por el propio Comité de Derechos Humanos como inclusivo de la obligación de reparar cuando se han producido violaciones a los derechos humanos. Si no hay reparación, no hay recurso efectivo¹⁰. La Convención contra la Tortura y otros tratos inhumanos o degradantes reconoce en su artículo 14 el derecho a la reparación y a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible, en caso de torturas. La Convención Americana de Derechos Humanos reconoce también en su artículo 10 el derecho a una indemnización.

El alcance del derecho a la reparación ha ido evolucionando en el derecho internacional de los derechos humanos hacia un concepto más amplio que incluya una reparación adecuada e integral a las víctimas, tanto desde el punto de vista material como inmaterial. Los Principios y directrices en materia de reparación frente a violaciones graves de derechos humanos reflejan el acuerdo de la comunidad internacional sobre la necesidad de ofrecer una reparación integral en caso de violaciones graves a los derechos humanos cuyo objetivo es, además de la compensación económica, la reconciliación de la sociedad en base al conocimiento de

¹⁰ Observación General Nº 31, Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7,2004, para. 16.

lo sucedido. Este paradigma encuentra su explicación en una concepción de las obligaciones de los Estados centrada en las víctimas¹¹.

Desde el punto de vista material, la reparación incluye la restitución y el acceso a la propiedad, al trabajo o a la libertad así como la atención médica, psicológica tendientes facilitar la rehabilitación y la compensación económica, mediante el reconocimiento de pensiones, indemnizaciones, etc. Las reparaciones inmateriales o morales son tan o más importantes que las materiales y cubren una amplia gama de medidas como la clarificación de los hechos delictivos o el tratamiento dado a personas fallecidas así como la determinación de los nombres y cargos de los responsables. También pueden incluir el reconocimiento oficial de que los agentes del gobierno han actuado en perjuicio de la sociedad y presentar una disculpa oficial. Las reparaciones morales incluyen también actividades básicas, como la identificación y exhumación de los cuerpos de las víctimas y la asistencia en la sepultura de los mismos de acuerdo con su cultura y principios. En los casos de desaparición forzada de personas, la asistencia en la búsqueda de los cuerpos es clave¹². Pierre D'Argent afirma que en muchos casos estas medidas superan ampliamente el interés de la víctima y se extienden hacia un objetivo mayor, que es la transformación profunda de las sociedades traumatizadas¹³.

A continuación analizaremos estas obligaciones fundamentales a la luz del marco jurídico internacional y los desarrollos de la jurisprudencia internacional en materia de desaparición forzada de personas, lo que nos permitirá obtener una visión global de las desapariciones forzadas y sus consecuencias para las víctimas y la sociedad en su conjunto. Por último, analizaremos también los desarrollos relativos al fenómeno de la apropiación de niños, su recepción en los instrumentos internacionales y la jurisprudencia internacional. Este colectivo tiene relevancia porque, como hemos visto, el régimen franquista llevó adelante, por un lado, una

¹¹ Roht-Arriaza, Naomi, *Reparations Decisions and Dilemmas*, *Hastings International and Comparative Law Review*, 2004, Vol. 27, Winter, 157-219, página 164.

¹² Roht-Arriaza, Naomi, *Reparations Decisions and Dilemmas*, *Hastings International and Comparative Law Review*, 2004, Vol. 27, Winter, 157-219, página 159.

¹³ D'Argent, Pierre, *Responsabilité Internationale, Droits de l'homme et droit humanitaire*, *Annuaire Français de Droit International*, Volume 55, 2006, pp. 27-55, página 52

política de separación de niños nacidos de madres republicanas detenidas en las prisiones y por otro, adoptó medidas que podían ser utilizadas para suprimir la identidad de hijos de republicanos que habían sido exiliados y cuya repatriación se pretendió.

III.I. La obligación de investigar las desapariciones en el derecho internacional

a. Los instrumentos internacionales

El primer reconocimiento en un instrumento internacional de la obligación de investigar las desapariciones forzadas aparece en la Declaración de Naciones Unidas de 1992, que en su artículo 9 afirma el derecho de las víctimas a un recurso judicial rápido y efectivo. El artículo 13 agrega que cuando existiesen motivos fundados para creer que una persona ha sido víctima de una desaparición forzada, el Estado remitirá a la autoridad judicial el asunto para que inicie una investigación, *aún en ausencia de denuncia formal*, investigación que no podrá ser obstaculizada o limitada de manera alguna. Las investigaciones deberán poder realizarse **mientras persista la incertidumbre sobre la suerte de la persona desaparecida** y sus resultados deberán ser comunicados a los interesados, a menos que con ello se obstaculice una causa penal en curso.

El artículo 4 del Anteproyecto de 1998 de la Comisión de Derechos Humanos, que no entró en vigor, también recogió esta obligación y afirmaba que los Estados se comprometerían a investigar inmediata y prontamente toda denuncia por desaparición forzada e informarían a la familia de la persona desaparecida sobre el destino y el paradero de ésta (apartado b); los Estados otorgarían reparación pronta y adecuada por el daño causado a las víctimas. El artículo 12 de la Convención Internacional de 2006 (España la firmó en 2007 y ratificó en 2009), por su parte, formaliza la obligación del Estado de investigar los casos de desaparición forzada de personas, aún en ausencia de denuncia formal. La investigación deberá ser exhaustiva e imparcial y las autoridades deberán disponer de las facultades y recursos necesarios para llevar adelante eficazmente la investigación. De acuerdo con el artículo 24 de la

Convención, parágrafo 6, la obligación de investigar se extiende hasta que se establezca la suerte de la persona desaparecida, reconociendo así el carácter permanente de la desaparición. Toda investigación debe ser efectiva, rápida, exhaustiva y los órganos responsables de la misma deben ser independientes. Su objetivo principal es evitar situaciones de impunidad y para ello el Estado debe adoptar medidas para que las personas sospechosas sean procesadas, juzgadas y en su caso condenadas a penas apropiadas¹⁴. En materia de desaparición forzada, la falta de investigación es una de las causas subyacentes de las desapariciones y uno de los mayores obstáculos para el esclarecimiento del delito¹⁵.

Al tiempo que el derecho internacional reconoce la obligación del Estado de investigar, se ha ido desarrollando también el derecho de los familiares a conocer la verdad de lo sucedido, que debe poder ejercitarse a través de los mecanismos nacionales internos, incluidos los procesos judiciales. El alcance del derecho a la verdad en materia de desaparición forzada será desarrollado más abajo porque forma parte a su vez del derecho a un recurso efectivo y del derecho a la reparación. Baste con señalar por ahora que el derecho a conocer la verdad tiene como objetivo conocer los progresos y resultados de una investigación, la suerte y el paradero de la persona desaparecida, las circunstancias en que se produjo la desaparición, la motivación y la identidad de los perpetradores; si se determina que la persona ha muerto, el derecho a la verdad incluye el derecho de la familia a recibir sus restos mortales y disponer de ellos de acuerdo con su cultura, tradición o religión; sus restos deben ser clara e indisputablemente identificados, incluido el análisis de ADN y el Estado debe poner a disposición los recursos forenses y métodos científicos necesarios para ello¹⁶. Por lo

¹⁴ Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, 8 de febrero de 2005, principio 1. En el mismo sentido Akandij-Kombe, Jean-François, Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights, *Human rights handbooks*, Nº 7, página 34.

¹⁵ Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Mejores prácticas de la legislación penal en materia de desaparición forzada, Doc. A/HRC/16/48/Add.3, 28 de diciembre de 2010, página 14.

¹⁶ El artículo 16 de los principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias dispone: "*Los familiares de la persona fallecida y sus representantes legales serán informados de las audiencias que se celebren, a las que tendrán acceso, así como a toda la información pertinente a la investigación, y tendrán derecho a presentar otras pruebas. La familia del*

tanto, frente a la obligación del Estado de investigar surge el derecho de las víctimas y sus familiares a saber, en la medida de lo posible, las circunstancias de la desaparición y, en definitiva, a poder hacer el duelo.

b. La jurisprudencia internacional

Los tribunales internacionales han entendido que la obligación de investigar no se reduce a la determinación de los responsables y su castigo sino que entendida en el sentido amplio incluye la determinación de las circunstancias de la desaparición y el reconocimiento de derechos de reparación, incluido el derecho a la verdad. En el caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, afirmó que la obligación de investigar es de medios o comportamiento pero que debía emprenderse con seriedad, tener un sentido y *“ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares”* o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad¹⁷. En caso contrario, el Estado podría ver comprometida su responsabilidad internacional, aunque advirtió que la obligación no era incumplida por el solo hecho de que la investigación no produjese un resultado satisfactorio¹⁸. Agregó que en los casos de desapariciones de personas, la obligación de investigar y, eventualmente, sancionar a los responsables persistía hasta que se encuentre a la persona privada de libertad o aparezcan sus restos¹⁹. Por último, la Corte afirmó que el

fallecido tendrá derecho a insistir en que un médico u otro representante suyo calificado esté presente en la autopsia. Una vez determinada la identidad del fallecido, se anunciará públicamente su fallecimiento, y se notificará inmediatamente a la familia o parientes. El cuerpo de la persona fallecida será devuelto a sus familiares después de completada la investigación”. Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, 24 de mayo de 1989, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/prevencion.htm>

¹⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, 29 de julio de 1988, párrafo 177.

¹⁸ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, 29 de julio de 1988, paras. 176 y 177.

¹⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, 29 de julio de 1988, párrafo 181.

carácter permanente del delito de desaparición conllevaba el deber de investigar los hechos mientras se mantuviera la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida y que el derecho de los familiares de la víctima a conocer el destino de ésta representaba una justa expectativa que el Estado debía satisfacer con los medios a su alcance, aún si por “*circunstancias legítimas del ordenamiento jurídico interno*” se impidiese aplicar las sanciones correspondientes a los responsables de los delitos²⁰, como puede ser la prescripción de la acción, la irretroactividad de la ley penal o el principio de legalidad, como ha sucedido en España frente a los reclamos de los familiares de las personas desaparecidas durante la guerra civil y la dictadura franquista.

En el caso *Radilla Pacheco vs México*, el gobierno mexicano había afirmado que no existía situación de impunidad porque las investigaciones sobre la desaparición del Sr. Radilla Pacheco continuaban y las autoridades estaban agotando todos los recursos legales disponibles. La Corte señaló que en casos de desaparición forzada de personas, la impunidad debía ser erradicada mediante la determinación de las responsabilidades tanto generales – del Estado- como individuales – penales y de otra índole de sus agentes o de particulares. Y además, el Estado debía remover todos los obstáculos, *de facto y de iure*, que mantengan la impunidad²¹. Recordó que la obligación del Estado de investigar los casos de desapariciones de personas persiste hasta que se encuentre a la persona privada de libertad o aparezcan sus restos e incluye además la eventual sanción de los responsables²².

Esta decisión reviste interés porque el gobierno mexicano había solicitado a la Corte que valorase especialmente las diligencias efectuadas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que había sido la encargada de investigar diversos casos de desapariciones forzadas de personas ocurridas en las décadas de los 70 y 80. Pero la

²⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, 29 de julio de 1988, párrafo 181.

²¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 212.

²² Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 145.

Corte respondió que la verdad histórica documentada en informes o recomendaciones de órganos como una Comisión Nacional **no completa ni sustituye** la obligación del Estado de establecer la verdad a través de procesos judiciales²³. Dicho derecho a la verdad se encuentra “*subsumido en el derecho de la víctima o de sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento*”²⁴ que establece la Convención Americana.

En el caso *Contreras y otros vs El Salvador*, la Corte Interamericana recordó que el deber de investigar hechos de desaparición forzada subsistía mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida, porque “*el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con todos los medios a su alcance*”²⁵, afirmación que se venía repitiendo desde el caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*.

En el caso *Gelman vs Uruguay*, la Corte sostuvo que la obligación de investigar los casos de desaparición forzada encontraba fundamento en los artículos III, IV, V y XII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, que reconocían a la desaparición forzada como delito continuado o permanente, establecían la jurisdicción para investigar dicho delito, la cooperación con otros Estados para la persecución penal y eventual extradición de presuntos responsables y el acceso a la información sobre los sitios de detención”²⁶.

La última mención a la Corte Interamericana corresponde a la reciente sentencia en el caso *Heliodoro Portugal vs Panamá* en el que la Corte afirmó que la

²³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 179.

²⁴ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 180.

²⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Contreras y otros vs El Salvador, 31 de agosto de 2011, (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 129.

²⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs Uruguay, 24 de febrero de 2011, (Fondo), paras. 232 y 233.

obligación general de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, contenida en el artículo 1.1, derivaba de la obligación de investigar los casos de violaciones del derecho sustantivo. La Corte afirmó que la obligación de investigar era una de las medidas positivas que el Estado debía tomar para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana y que una vez que el hecho era puesto en consideración de las autoridades estatales, debía llevarse adelante una investigación destinada a determinar la verdad de lo acontecido y la persecución y eventual castigo de los responsables²⁷.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha insistido en varias ocasiones en la necesidad de llevar adelante una investigación y ofrecer un remedio efectivo a las víctimas en casos de violaciones graves de derechos humanos, incluyendo casos de tortura y desapariciones forzadas. En numerosas ocasiones, el Tribunal ha determinado la existencia de violaciones a los artículos 2²⁸, 3²⁹, 5 y 13³⁰ del Convenio Europeo -que protegen respectivamente el derecho a la vida, el derecho a no ser torturado ni tratado inhumanamente, el derecho a la libertad y seguridad y el derecho a un recurso efectivo- para determinar la responsabilidad internacional del Estado.

La primera sentencia del Tribunal Europeo sobre un caso de desapariciones forzadas fue dictada en 1998, en el caso *Kurt vs Turquía*. La demandante sostenía que la falta de eficacia de la investigación oficial tenía como consecuencia la negación de su

²⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, 12 de Agosto de 2008, para. 144.

²⁸ Artículo 2. Derecho a la vida 1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga la pena capital dictada por un Tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena. 2. La muerte no se considerará como infligida en infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario: a) en defensa de una persona contra una agresión ilegítima; b) para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente; c) para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección.

²⁹ Artículo 3: Prohibición de la tortura. Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

³⁰ Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo. Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

derecho a un recurso efectivo y que esta situación era indicativa de la ausencia de un sistema efectivo de remedios en el Estado acusado y que, por lo tanto, había violación del artículo 13 del Convenio. El Tribunal reconoció que los Estados tenían cierto margen de apreciación para decidir la mejor manera de cumplir con las exigencias del artículo 13 pero que, en cualquier caso, el remedio debía ser efectivo en la práctica y en el derecho y que no debía ser obstaculizado injustificadamente por actos u omisiones de las autoridades del Estado acusado. El Tribunal afirmó que la obligación de investigar del Estado implicaba la realización de una investigación efectiva capaz de conducir a la identificación y castigo del responsable y que permitiese el acceso de los familiares a todas las etapas del proceso³¹. El Tribunal concluyó que las actividades de las autoridades habían violado el artículo 13 del Convenio, que reconoce el derecho a un recurso efectivo.

En el caso *Çakici vs Turquía*, el Tribunal Europeo se enfrentó nuevamente con un caso de desaparición forzada. El origen del caso tuvo lugar con la detención y posterior desaparición de Ahmet Çakici durante una redada llevada adelante por el Ejército turco el 8 de noviembre de 1993 en el pueblo de Çitlibahçe en respuesta al asesinato de cinco profesores por parte de los miembros del PKK. Las fuerzas de seguridad detuvieron a Ahmet Çakici por ser, presuntamente, miembro esa organización, lo llevaron a Hazro y luego fue trasladado a Diyarbakir. El gobierno negó que Ahmet Çakici hubiera sido detenido por las fuerzas de seguridad en el pueblo de Çitlibahçe e informó que en los registros de las prisiones de Hazro y Diyarbakir no había ninguna entrada sobre esa persona. En mayo de 1996, es decir, casi tres años más tarde, las autoridades turcas informaron a la familia que Ahmet Çakici había muerto en un enfrentamiento con las fuerzas de seguridad turcas en Hani y que la víctima era un terrorista miembro del PKK. La única evidencia de la muerte de la víctima, como fuera informado por el gobierno, consistió en que su identificación fue encontrada en el bolsillo de uno de los cuerpos sin vida. No hubo autopsia, certificado oficial de defunción ni identificación del cuerpo por ningún órgano oficial.

³¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Case of Kurt vs Turkey*, Sentencia de 25 de Mayo 1998, paras. 139 y 140.

Ante el Tribunal, el demandante afirmó que no se había respetado el derecho a un recurso efectivo, porque la investigación sobre la desaparición de su hermano había sido superficial y dilatoria. El gobierno se defendió afirmando que el denunciante no había intentado seriamente buscar un remedio efectivo en el sistema judicial turco. El Tribunal Europeo recordó que el artículo 2 del Convenio, que reconoce el derecho a la vida, era una de las disposiciones fundamentales y que junto con el artículo 3, que prohíbe la tortura, sustentaban los valores básicos de las sociedades democráticas. Afirmó que el artículo 2 imponía al Estado una obligación positiva y que esto implicaba la existencia de alguna forma de investigación oficial cuando hubiese ocurrido una muerte violenta. El Tribunal consideró que la inadecuada investigación llevada adelante sobre la desaparición de Ahmet Çakici implicaba una violación de la obligación del Estado de proteger el derecho a la vida³². El Tribunal consideró probado además que las autoridades no habían llevado adelante una investigación efectiva tendiente a la identificación de los responsables condicionando así la efectividad de cualquier otro remedio judicial. Por lo tanto, había habido violación del artículo 13 del Convenio³³.

Al año siguiente y en un caso relacionado también con desapariciones en Turquía, el Tribunal Europeo emitió la sentencia *Tas vs Turquía*. El demandante y la Comisión habían señalado que no se había realizado una investigación rápida sobre la alegación de la muerte del Sr. Tas y que las realizadas no habían sido efectivas ni independientes, lo que significaba la violación del derecho a un recurso efectivo³⁴. El Tribunal afirmó que la obligación de proteger la vida reconocida en el artículo 2, junto con la de asegurar los derechos y garantías del artículo 1 del Convenio implicaba que debía existir una investigación oficial efectiva cuando el resultado había sido la muerte de la persona detenida³⁵. Así, la falta de una investigación rápida, adecuada y efectiva

³² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Çakici vs Turkey, Sentencia del 8 de Julio de 1999, paras. 86 y 88.

³³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Çakici vs Turkey, Sentencia del 8 de Julio de 1999, para. 114.

³⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Çakici vs Turkey, Sentencia del 8 de Julio de 1999, para. 207.

³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Tas vs Turkey, Application 24396/94, Sentencia del 14 de noviembre de 2000, para. 68.

por parte de las autoridades turcas implicaba una violación de la obligación procesal de proteger el derecho a la vida³⁶. La Corte concluyó, como lo había hecho en el caso *Kurt*, que la obligación del Estado de investigar implicaba la realización de una investigación efectiva capaz de conducir a la identificación y castigo del responsable y que permitiese el acceso de los familiares a todas las etapas del proceso así como el pago de una compensación a los familiares³⁷.

En el caso *Chipre vs Turquía*, el Tribunal Europeo volvió a analizar estas cuestiones. El caso tiene su origen en la invasión turca de Chipre el 20 de julio de 1974, su posterior ocupación y la desaparición de chipriotas de origen griego. El gobierno de Chipre presentó una demanda el 24 de noviembre de 1994 ante la Comisión Europea de Derechos Humanos ante la ocupación turca del 40% del territorio chipriota. Chipre consideraba que Turquía estaba violando una serie de artículos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, fundamentalmente, los derechos de los chipriotas de origen griego sobre los que no se tenía información sobre su suerte o paradero. El gobierno demandante sostuvo que 1485 permanecían desaparecidas luego de haber sido detenidas por el ejército turco o milicias dependientes del Estado turco y que existía una violación continuada del artículo 2 del Convenio –derecho a la vida protegido por ley- por parte de las autoridades turcas, tanto en sus obligaciones sustantivas como procesales. En su aspecto procesal, el Estado había violado el artículo 2 como consecuencia de una práctica administrativa, en este caso, el fracaso continuo de las autoridades en llevar adelante una investigación sobre la suerte de las personas desaparecidas. En opinión de la Comisión, el Estado tenía la obligación positiva de conducir una investigación sobre la situación de los desaparecidos, en virtud del artículo 2 del Convenio. En opinión de la Comisión, el hecho de que las personas desaparecidas se encontraran en poder de las autoridades turcas generaba la responsabilidad del Estado por su suerte y que la desaparición sin rastro alguno de esas personas constituía una violación

³⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Tas vs Turkey*, Application 24396/94, Sentencia del 14 de noviembre de 2000, para. 72.

³⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Tas vs Turkey*, Application 24396/94, Sentencia del 14 de noviembre de 2000, para. 91.

particularmente grave del artículo 5 del Convenio Europeo³⁸. En opinión de la Comisión, no podía haber una limitación temporal en el deber de investigar e informar los hechos por parte del Estado acusado, especialmente en aquellos casos en los que las personas desaparecidas podrían haber llegado a ser víctimas de crímenes de guerra o contra la humanidad. Además, continuó la Comisión, el deber de investigar no podía estar sujeto a condiciones tales como que la otra parte ya haya llevado adelante una investigación propia o que en el contexto de otros acontecimientos, como fue el golpe de Estado, se hubiera también analizado esta cuestión³⁹.

El Tribunal Europeo afirmó que la obligación de investigar derivada del artículo 2 tenía un aspecto sustantivo y otro procesal y que este último no podía considerarse cumplido por el establecimiento de una Comisión de Personas Desaparecidas creada para estudiar los casos de desaparición durante el conflicto y que tampoco podía reemplazar el requisito de la investigación efectiva exigido por el artículo 2 del Convenio. Por lo tanto, en ausencia de investigación efectiva sobre la suerte de las personas desaparecidas en circunstancias de peligro para su vida se producía una violación del artículo 2⁴⁰. El Tribunal decidió que también existía violación del artículo 5 del Convenio derivada de ausencia de investigación⁴¹.

En el caso *Tanis and others vs Turkey*, el Tribunal señaló que el artículo 13 del Convenio Europeo incluía, además del pago de una compensación económica, la realización de una investigación exhaustiva y efectiva capaz de conducir a la identificación de los responsables y en la que los familiares tengan un acceso irrestricto a las investigaciones y sus resultados⁴². En el caso *Seker vs Turquía*, el Tribunal afirmó

³⁸ Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso Cyprus vs Turkey, Informe de la Comisión, 4 de Junio de 1999, para. 205.

³⁹ Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso Cyprus vs Turkey, Informe de la Comisión, 4 de Junio de 1999, para. 207.

⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Cyprus vs Turkey, Sentencia del 21 de Mayo de 2001, para. 136.

⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Cyprus vs Turkey, Sentencia del 21 de Mayo de 2001, para. 150.

⁴² "Further, where relatives have an arguable claim that a member of their family has disappeared at the hands of the authorities, or where a right with as fundamental an importance as the right to life is at stake, Article 13 requires, in addition to the payment of compensation where appropriate, a **thorough and effective investigation** capable of leading to the identification and punishment of those responsible

que la simple información a las autoridades sobre la comisión de un asesinato o una desaparición forzada daba lugar, *ipso facto*, a la obligación del Estado de llevar adelante una investigación efectiva sobre las circunstancias que rodearon a la muerte o la desaparición, aún sin necesidad de denuncia formal⁴³.

Recientemente, el Tribunal Europeo ha emitido sentencias que profundizan estos desarrollos y que revisten especial importancia por los argumentos invocados y por su eventual aplicación al caso español. El primero de ellos es el caso *Varnava vs Turquía*, relacionado procesalmente con el caso *Chipre vs Turquía* y el segundo es el caso *Janowiec vs Rusia*. En el caso *Varnava*, la Gran Sala desarrolló el concepto de la obligación de investigar casos de desapariciones forzadas. La Gran Sala reconoció la utilidad de la labor de la Comisión de Personas Desaparecidas creada por Turquía pero recordó que no constituía un instrumento suficiente para cumplir con el estándar de investigación efectiva exigido por el artículo 2 del Convenio. Agregó que la localización y exhumación de los restos de las personas desaparecidas no era suficiente para esclarecer las circunstancias de la muerte y que esas actividades no agotaban la obligación de investigar derivadas del artículo 2⁴⁴. Sostuvo también que no había indicio alguno de que la Comisión de Personas Desaparecidas estuviese asumiendo un rol en la determinación de los hechos y las situaciones que causaron las

and including effective access for the relatives to the investigatory procedure". Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Tanis and others vs Turkey, (Application no. 65899/01), Sentencia de 2 de Agosto de 2005, para. 225.

⁴³ "67. The Court recalls that, according to its case-law, the obligation to protect the right to life under Article 2, read in conjunction with the State's general duty under Article 1 to "secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention", requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force. This obligation is not confined to cases where it has been established that the killing was caused by an agent of the State. Nor is it decisive whether members of the deceased's family or others have lodged a formal complaint about the killing with the competent investigation authority. The mere fact that the authorities were informed of the killing of an individual gives rise *ipso facto* to an obligation under Article 2 of the Convention to carry out an effective investigation into the circumstances surrounding the death. (...) 69. The Court notes that there is no proof that Mehmet Şah Şeker has been killed. However, the above-mentioned procedural obligations extend but are not confined to cases which concern intentional killings resulting from the use of force by agents of the State. The Court considers that these obligations also apply to cases where a person has disappeared in circumstances which may be regarded as life-threatening". Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Seker vs Turkey, (Application no. 52390/99), Sentencia de 21 de Febrero de 2006, páras. 67 y 69.

⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Caso Varnava and others vs Turkey, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, paras. 187 y 189.

desapariciones, ni que existiera otro órgano o autoridad con ese rol o intención ni que la evidencia fuese a ser utilizada como sustento de un procedimiento criminal contra los responsables⁴⁵.

La Gran Sala reconoció la sensibilidad de la cuestión, al tratarse de una cuestión entre Estados (la invasión turca de Chipre), y afirmó que era posible que las partes en el conflicto prefiriesen un enfoque políticamente correcto sobre la cuestión de los desaparecidos y que la creación de la comisión de investigación bajo los auspicios de las Naciones Unidas fuese la única solución viable. Pero aclaró que esta situación no tenía ninguna consecuencia sobre la aplicación del Convenio Europeo de Derechos y Libertades fundamentales y por lo tanto concluyó que había ocurrido una violación continuada del artículo 2 por parte de Turquía a consecuencia de la falta de investigación efectiva sobre la suerte de las personas desaparecidas⁴⁶. La Gran Sala reconoció una indemnización de 12.000 euros para cada uno de los 9 denunciantes por el sufrimiento a lo largo de los años ante la ausencia de información sobre sus familiares.

La sentencia en el caso *Janowiec vs Rusia* tiene especial importancia porque los hechos que dieron lugar a la demanda se produjeron en 1940 y se refieren a la masacre de Katyn cometida por el ejército soviético en los bosques polacos y sus desarrollos podrían, eventualmente, ser aplicables al caso español. El Tribunal Europeo reiteró que las disposiciones del Convenio no obligan al Estado parte en relación con los actos o hechos que hayan tenido lugar o situación que haya dejado de existir antes de la entrada en vigor del Convenio para ese Estado y que este principio estaba recogido en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados. El Tribunal afirmó que en su propia jurisprudencia, la obligación procesal de investigar efectivamente bajo el artículo 2 había evolucionado hasta convertirse en un deber autónomo y separable capaz de obligar a los Estados aún cuando la muerte se hubiese producido antes de la fecha crítica. Pero advirtió que la competencia temporal para

⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Caso Varnava and others vs Turkey, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, para. 192.

⁴⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Caso Varnava and others vs Turkey, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, paras. 193 y 194.

cumplir con este deber no era ilimitada en el tiempo y que debían darse una serie de condiciones: a) cuando una muerte hubiese ocurrido antes de la fecha crítica, sólo actos u omisiones procesales posteriores a la fecha crítica caen dentro de la competencia temporal del Tribunal; b) tiene que existir una conexión genuina entre la muerte y la entrada en vigor del Convenio, esto es, que una parte significativa de las actividades procesales se hubiesen realizado luego de la fecha crítica. Sin embargo, el Tribunal recordó que en ciertas circunstancias la conexión podría también basarse en la necesidad de asegurar que los valores subyacentes del Convenio sean protegidos de manera real y efectiva⁴⁷.

El Tribunal también recordó que en varias ocasiones había reconocido su competencia temporal para examinar el cumplimiento de su obligación procesal derivada del artículo 2 del Convenio, incluso cuando la muerte de la víctima había ocurrido antes de la ratificación del Convenio por parte del Estado acusado. Pero advirtió que en todos estos casos había transcurrido un corto período de tiempo entre la muerte y la entrada en vigor del Convenio para el Estado. Por lo tanto, para cumplir con la conexión genuina requerida por el Tribunal, el período de tiempo debía ser razonablemente corto. El otro factor común de los casos era que una significativa parte de las actividades de investigación necesarias para cumplir con la obligación procesal bajo el artículo 2 había sido realizada luego de la ratificación por parte del Estado⁴⁸.

A la luz de estas aclaraciones, el Tribunal señaló que el período de tiempo entre la muerte de la víctima y la fecha de ratificación por parte de Rusia era excesivamente amplio como para poder establecer una conexión genuina entre ambos⁴⁹. Por otra parte, una proporción significativa de la investigación sobre la masacre de Katyn había tenido lugar antes de la ratificación del Convenio. Las excavaciones de los cuerpos en las fosas comunes de Katyn y otras habían sido realizadas en 1991 así como las

⁴⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia (Applications nos. 55508/07 and 29520/09), Sentencia de 16 de Abril de 2012, para. 132.

⁴⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia (Applications nos. 55508/07 and 29520/09), Sentencia de 16 de Abril de 2012, para. 135.

⁴⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia (Applications nos. 55508/07 and 29520/09), Sentencia de 16 de Abril de 2012, para. 137.

entrevistas con más de 40 testigos. En opinión del Tribunal, no habían ocurrido actividades procesales similares luego de la ratificación del Convenio y por lo tanto las condiciones para efectivizar la obligación procesal impuesta por el artículo 2 no habían sido cumplidas⁵⁰.

Sin embargo, el Tribunal observó que la obligación de las autoridades bajo el artículo 3 es distinta de la del artículo 2 tanto desde el punto de vista sustancial como desde su alcance temporal. Mientras que la obligación procesal del artículo 2 exige a las autoridades la adopción de acciones legales capaces de conducir a la identificación y castigo de los responsables, la obligación impuesta por el artículo 3 tiene una naturaleza humanitaria más general, porque exige de las autoridades una reacción humana y compasiva frente a las solicitudes de personas muertas o desaparecidas. Y por lo tanto, el Tribunal era competente para verificar el cumplimiento de esta obligación por parte de las autoridades rusas, aún cuando la muerte se hubiese producido fuera del ámbito de su competencia temporal⁵¹. El Tribunal consideró que el trato recibido por los denunciantes por parte del Estado ruso había alcanzado el nivel de severidad exigido por el Tribunal para considerarlo inhumano en el sentido del artículo 3 del Convenio⁵².

La Cámara para Bosnia y Herzegovina, creada en el marco de los Acuerdos de Dayton, ha analizado también casos de desaparición forzada de personas. Por ejemplo, el caso *Matanovic vs Serbia* tenía como causa la desaparición del padre Tomislav Matanovic, quien había sido arrestado en su domicilio en Prijedor por la policía local (serbio-bosnia) la noche del 24 de agosto de 1995. Días más tarde, fue llevado a la casa de sus padres donde permaneció bajo arresto domiciliario. El 19 de septiembre de 1995, fue trasladado junto con sus a la estación de policía de Urije y desde ese momento no se ha tenido información alguna sobre su suerte hasta la fecha del proceso. Sin embargo, el 21 de diciembre de 1995 y el 23 de marzo de 1996, las

⁵⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia (Applications nos. 55508/07 and 29520/09), Sentencia de 16 de Abril de 2012, para. 138.

⁵¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia (Applications nos. 55508/07 and 29520/09), Sentencia de 16 de Abril de 2012, para. 152.

⁵² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia (Applications nos. 55508/07 and 29520/09), Sentencia de 16 de Abril de 2012, para. 166.

autoridades de la República de Serbia ofrecieron a las autoridades de la Federación de Bosnia y Herzegovina realizar un intercambio de prisioneros de guerra en cuya lista figuraba el nombre del padre Matanovic, aunque su intercambio o liberación nunca ocurrió.

La Cámara recordó que la Comisión Europea de Derechos Humanos, en el caso *Kurt vs Turquía*, había señalado que la desaparición de una persona que se encontraba en custodia oficial creaba una presunción de responsabilidad del gobierno por la suerte de esa persona. La Cámara criticó la inacción del Estado acusado para investigar la suerte de las víctimas pese a los pedidos de sus familiares y que esto implicaba un fracaso en su obligación de proveer una explicación sustanciada y creíble acerca de la desaparición de las víctimas como así también de tomar medidas efectivas para investigar el asunto. Por lo tanto la investigación no había sido adecuada en los términos del Convenio Europeo⁵³.

⁵³ Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina, Decision on the Merits, Case Nº CH/96/1, Josip, Bozana and Tomislav Matanovic against Republica Srpska, 11 July 1997, para. 59.

III.II. La obligación de reparar las desapariciones forzadas

a. Los instrumentos internacionales

El deber de los Estados de proveer un recurso efectivo frente a violaciones a los derechos humanos y el derecho a la reparación constituyen la piedra fundamental para asegurar el derecho de las víctimas a la justicia. Si bien la compensación material o económica es una parte central de los procesos, las víctimas desean que su sufrimiento sea reconocido y su dignidad restaurada por medio de alguna forma de recuerdo público.

Durante los últimos años hemos transitado de una justicia retributiva hacia una restauradora que se centra en la víctima más que en el castigo del culpable⁵⁴. El derecho a la reparación frente a violaciones a los derechos humanos ha evolucionado en el tiempo ampliando el reconocimiento de derechos materiales e inmateriales para con la víctima, sus familiares y en sentido más amplio, la sociedad en su conjunto. Se trata, en palabras de Bassiouni, de un proceso de re-humanización de las víctimas⁵⁵. En materia de desaparición forzada, el primer reconocimiento se encuentra en el artículo 19 de la Declaración de 1992 que sienta las bases para la reparación material. El desaparecido y sus familiares tienen el derecho a ser reparados e indemnizados de una manera adecuada y esto es concordante con el artículo 1 de la propia Declaración que reconoce como potenciales beneficiarios de los derechos de reparación no sólo a la víctima sino también a sus familiares por haber sido víctimas de un trato inhumano por parte de las autoridades. El Anteproyecto de 1998 de la Comisión de Derechos Humanos, por su parte, entendió en sentido amplio el derecho a la reparación, que debería incluir la restitución, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y el restablecimiento de la dignidad y reputación de las víctimas. La rehabilitación debería

⁵⁴ Felipe Gómez Isa, Derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, página 25, en Felipe Gómez Isa (dir), *El derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2006, pp. 623.

⁵⁵ Bassiouni, Cherif, International Recognition of Victims' Rights, *Human Rights Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 203-279, página 231.

ser física, psicológica, jurídica y profesional. El Anteproyecto señala además que los actos de desaparición forzada de personas comprometían la responsabilidad civil e internacional del Estado conforme a los principios del derecho internacional.

En su informe de 2005 sobre desapariciones forzadas, el Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, recomendó que todo instrumento jurídico de vocación universal sobre la materia debía contener una definición precisa del derecho a la reparación que incluyera la restitución (es decir, la liberación inmediata del desaparecido si sigue con vida, la exhumación e identificación del cuerpo y la entrega de los restos mortales), la satisfacción (disculpas de las autoridades, garantías de no repetición, el esclarecimiento de los hechos y una investigación profunda y juzgamiento de los responsables), y la compensación por los daños materiales y por el daño psicológico sufrido tanto por el desaparecido como por sus familiares⁵⁶. La Convención Internacional de 2006 ha recogido estas recomendaciones en su artículo 24 al reconocer el derecho de toda víctima (entendida en sentido amplio) de una desaparición a una reparación que incluya los daños materiales y morales y a una indemnización rápida, justa y adecuada. Nutriéndose del proyecto sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional, la Convención Internacional de 2006 señala que la reparación plena comprende la restitución, la readaptación, la satisfacción y las garantías de no repetición, aunque no las define expresamente. Se trata de una disposición esencial que ni siquiera encontramos en la Convención contra la tortura, lo que refleja la complejidad y rasgos específicos del fenómeno. En opinión de Olivier de Frouville, la redacción del artículo 24 contiene las disposiciones esenciales en materia de reparación porque reconoce un derecho que cubre los daños materiales y morales que debe ser ejercitado de forma rápida y adecuada. A su vez, puede tomar diferentes

⁵⁶ Council of Europe Parliamentary Assembly, Doc. 10679, Enforced Disappearances, 19 September 2005. Report, Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Christos Pourgourides.

formas, mencionadas explícitamente y que deja un margen a los Estados para determinar cuál es la medida adecuada para el caso particular⁵⁷.

Una buena guía para enmarcar el alcance de la reparación son los *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*⁵⁸, aprobados por consenso por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2006 luego de 20 de años de trabajo, que detallan los aspectos que debe incluir el derecho a la reparación frente a violaciones a los derechos humanos. Si bien estos Principios forman parte del denominado *soft law* y por lo tanto no son obligatorios, a menos que reflejen principios del derecho consuetudinario⁵⁹, sus disposiciones ponen de manifiesto que la víctima y sus familiares deben tener acceso no sólo a un recurso efectivo a nivel nacional sino también al reconocimiento de una reparación entendida en sentido amplio. La importancia de los *Principios* radica en que tienen el potencial para influir sobre las normas nacionales e internacionales y convertirse en parte del derecho internacional consuetudinario⁶⁰. De acuerdo con los principios, toda reparación plena debe incluir:

- 1) La *restitución*, siempre que sea posible, ha de devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende, según corresponda, el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, **la identidad, la vida familiar y la ciudadanía**, el

⁵⁷ de Frouville, Olivier, La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire, *Droits Fondamentaux*, n°6, janvier-décembre 2006, página 86.

⁵⁸ Resolución 60/147, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 21 de marzo de 2006.

⁵⁹ Bassiouni, Cherif, International Recognition of Victims' Rights, *Human Rights Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 203-279, página 246.

⁶⁰ Lasco, Chanté, Repairing the Irreparable: Current and Future Approaches to Reparations, *Human Rights Brief*, Volume 10, Issue 2, 2003, pp. 17-21, página 3.

regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

- 2) La *indemnización* ha de concederse, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, por todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o de violaciones graves del derecho internacional humanitario, tales como los siguientes:
 - a) El daño físico o mental;
 - b) La pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales;
 - c) Los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante;
 - d) Los perjuicios morales;
 - e) Los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.
- 3) La *rehabilitación* ha de incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales.
- 4) La *satisfacción* que deberá incluir, entre otras, medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; la verificación de los hechos y la revelación completa y pública de la verdad; la búsqueda de los restos de las personas desaparecidas, la identidad de los niños secuestrados y la **ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos**. La satisfacción incluye también una declaración oficial o una decisión judicial que restaure la dignidad, la reputación y los derechos de las víctimas y las personas relacionadas con ellas; la presentación de disculpas de los hechos por parte del Estado así como de su responsabilidad por ellos; conmemoraciones y tributos a las víctimas.
- 5) Las *garantías de no repetición*, que incluyen por ejemplo el fortalecimiento de la independencia del poder judicial y el control efectivo por las autoridades civiles sobre la militares.

Teniendo en consideración los principios y directrices mencionados, la víctima de una desaparición forzada tendría derecho a que se ponga fin a la desaparición, a una indemnización por todos los daños sufridos (materiales y morales), a que las desapariciones no se repitan en el futuro pero también a contar con una participación activa del Estado en la búsqueda de los cuerpos, en su identificación y entrega para inhumarlos. Por último, la víctima tendría derecho también a que se revele públicamente lo sucedido y la sociedad conozca la verdad. Ahora bien, ¿quién puede considerarse víctima de una desaparición forzada de acuerdo con el derecho internacional? Se trata de una cuestión que ha ido evolucionando en el tiempo. La Declaración de 1992 no definía a la víctima en términos amplios pero el artículo 1 afirma que todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. La Convención Interamericana, por su parte, adoptó un concepto restringido de víctima, al no incluir en ella a sus familiares. Sin embargo, esta concepción ha ido perdiendo terreno y los instrumentos internacionales convencionales y de *soft law* han comenzado a incluir como víctima de una desaparición forzada a toda persona que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de la desaparición. Esta ampliación del concepto de víctima comenzó a ser reconocida por órganos jurisdiccionales regionales, tales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Blake vs Guatemala* al afirmar por primera vez que los familiares de la persona desaparecida eran en sí mismos víctimas de tratos inhumanos y degradantes como consecuencia de la desaparición. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido menos generoso y ha condicionado dicho reconocimiento a la existencia de una serie de restricciones. En los casos *Kurt*, *Cakici*, *Tas*, por ejemplo, señaló que los familiares habían sido víctimas de tratos inhumanos como consecuencia del accionar de las autoridades del gobierno y que, por lo tanto, tenían derecho a una indemnización. No obstante, advirtió que los familiares de las personas desaparecidas no se convertían automáticamente en víctimas, que no podía extraerse un principio general en este sentido y que había que atender siempre a las circunstancias del caso. El Anteproyecto de 1998, en su artículo 24 dedicado al alcance la reparación y siguiendo la evolución doctrinal y jurisprudencial en la materia dispone que a los efectos de la reparación se entenderá por víctima del delito de desaparición forzada, “a la persona desaparecida, sus

familiares próximos y toda persona a cargo del desaparecido y que tenga relación inmediata con él, así como cualquiera que haya sufrido daños al intervenir para evitar su desaparición forzada o para elucidar su destino o paradero". Pero como hemos mencionado, el Anteproyecto nunca entró en vigor.

Esta tendencia no es exclusiva de los tribunales internacionales. Se trata de una posición adoptada ya, en el año 1983 por el Comité de Derechos Humanos, órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos en el caso *Quinteros Almeida c/ Uruguay*. En aquella ocasión, el Comité señaló que la madre de la persona desaparecida, al haber sufrido angustia por la suerte de su hija era también víctima de violación del artículo 7 del Pacto que reconoce el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes⁶¹. En sentido similar se expresó la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por medio de su resolución 1463 del año 2005 y su recomendación 1719, de ese mismo año, al afirmar que la nueva Convención Internacional, que en ese momento estaba siendo discutida en las Naciones Unidas, debía reconocer a los familiares de la persona desaparecida como víctimas independientes y con derecho a saber la verdad sobre lo acontecido⁶².

La Convención Internacional de 2006 comprendió la complejidad de la desaparición forzada y sus efectos sobre el desaparecido, su familia y la sociedad en su conjunto. Por ello, una de sus innovaciones más destacables es el reconocimiento de un concepto amplio de víctima en su artículo 24 que incluye no sólo a la persona desaparecida, sino también a toda persona física que haya sufrido un perjuicio directo como consecuencia de una desaparición forzada. Este reconocimiento es concordante

⁶¹ *"The Committee understands the anguish and stress caused to the mother by the disappearance of her daughter and by the continuing uncertainty concerning her fate and whereabouts. The author has the right to know what has happened to her daughter. In these respects, she too is a victim of the violations of the Covenant suffered by her daughter in particular, of article 7."* María del Carmen Almeida de Quinteros et al. v. Uruguay, Communication No. 107/1981, U.N. Doc. CCPR/C/OP/2 at 138 (1990).

⁶² Council of Europe, Parliamentary Assembly Resolution 1463, Enforced Disappearances, 3 October 2005: *"Article 10.2. family members of the disappeared persons should be recognised as independent victims of the enforced disappearance and be granted a "right to the truth", that is, a right to be informed of the fate of their disappeared relatives"*. Council of Europe, Parliamentary Assembly Resolution 1463, Enforced Disappearances, Recommendation 1719, Enforced Disappearances, 3 October 2005: *"2.2. the recognition of close relatives as victims in their own right and to grant them a "right to the truth"*.

también con el artículo V de los *Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law*, adoptados en la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 60/147 del 21 de marzo de 2006, al disponer que, cuando sea pertinente y de acuerdo con el derecho interno, el término víctima debe incluir a los familiares inmediatos o dependientes directos de la víctima⁶³.

a.1 El derecho a la verdad como forma de reparación especial en materia de desaparición forzada

En materia de desaparición forzada de personas, el derecho a la verdad adquiere una relevancia especial porque uno de los elementos constitutivos del fenómeno es la falta de información sobre la suerte y el paradero de la persona desaparecida y la negativa a proveer información⁶⁴. Sin embargo, hasta la adopción de la Convención Internacional de 2006 no existía un derecho autónomo a conocer la verdad acerca de lo acontecido y sólo algunas disposiciones del derecho internacional humanitario (es decir, el *ius in bello*) hacían referencia al derecho de los familiares de los desaparecidos a saber. Por ejemplo, el artículo 16 del Convenio relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra dispone que si las exigencias militares lo permiten, las partes beligerantes favorecerán las medidas tendientes a la búsqueda e identificación de los muertos. O el artículo 122 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, que establece la obligación de constituir una oficina de información de los prisioneros en su poder encargada de poner en conocimiento de los familiares la situación de los detenidos. Por último, el artículo 32 del Protocolo adicional I de los Convenios de Ginebra de 1949

⁶³ Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 60/147, *Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law*, 21 de marzo de 2006.

⁶⁴ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, 9 de enero de 2006, doc. E/CN4./2006/91, paras. 58 y 59.

hace mención a la cuestión al establecer el derecho que asiste a las familias a conocer la suerte de sus miembros. Estas disposiciones tienen, sin embargo, una importante limitación porque se aplican exclusivamente en un contexto de conflicto armado internacional respecto de los nacionales de la otra parte, aunque posteriormente el Comité Internacional de la Cruz Roja ha interpretado que también podrían aplicarse a casos de conflictos armados internos⁶⁵.

La noción de un derecho a la verdad en relación con las desapariciones forzadas comenzó a ser tratado en los órganos internacionales de derechos humanos en los años 70⁶⁶. En 1981, el primer informe del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre las desapariciones reconoció el derecho de los familiares a conocer la suerte de la persona desaparecida⁶⁷ y la Asamblea General de las Naciones Unidas, en sus resoluciones 34/179⁶⁸ y 15/188⁶⁹ en relación con la situación de derechos humanos en Chile instó en el año 1979 a las autoridades chilenas a que *“investiguen y esclarezcan la suerte de las personas que, según se informa, han desaparecido por motivos políticos, comuniquen a los familiares los resultados de esa investigación, entablen procedimientos penales contra los responsables de tales desapariciones y castiguen a los culpables”*. Asimismo, la Unión Europea⁷⁰ y la Asamblea Parlamentaria del Consejo

⁶⁵ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977. Henckaerts J.M. and Doswald-Beck L., Customary International Humanitarian Law, Volume I, Rules, Cambridge Press University, 2005, página 421. Sobre el rol que juega el Comité Internacional de la Cruz Roja en materia de desaparecidos durante un conflicto véase Sassoli, Marco and Tougas, Marie Louise, The ICRC and the missing, *International Review of the Red Cross*, December 2002, Vol. 84 Nº 848.

⁶⁶ Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006, para. 8.

⁶⁷ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, General Comment on the Right to the Truth in Relation to Enforced Disappearances, UN Doc. E/CN.4/1435, 22 de enero de 1981, párrafo 187.

⁶⁸ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 34/179, Derechos Humanos en Chile, 17 de diciembre de 1979.

⁶⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 35/188, Protección de los derechos humanos en Chile, 15 de diciembre de 1980.

⁷⁰ European Parliament resolution on missing persons in Cyprus, 11 January 1983.

de Europa⁷¹ han reconocido el derecho de los familiares a conocer la verdad sobre la suerte de los desaparecidos.

La Declaración de Naciones Unidas de 1992 no contenía una disposición expresa sobre el derecho a la verdad aunque trataba implícitamente la cuestión en los artículos 13 (4) y 9 (1) al reconocer el derecho de los interesados a tener acceso a los resultados de una investigación y disponer de recursos judiciales rápidos y efectivos. El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas, en su observación general sobre el artículo 18 sostuvo que el derecho a la verdad y a la información se podía inferir del párrafo 2 del artículo 4 y del artículo 9 de la Declaración⁷². En su informe sobre las lagunas del derecho internacional en materia de desaparición forzada, Manfred Nowak recomendaba que todo instrumento jurídico vinculante en materia de desaparición forzada debía definir precisamente el concepto y las consecuencias jurídicas del derecho de los familiares a conocer la verdad de lo acontecido a sus seres queridos⁷³. Su opinión fue recogida expresamente en la Convención Internacional de 2006, tanto en su preámbulo como en su artículo 24. El preámbulo afirma por un lado el derecho a conocer la verdad sobre las circunstancias de una desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida, y por el otro, el respeto del derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones con este fin. Los párrafos 2 y 3 del artículo 24, por su parte, reconocen que cada víctima tiene el derecho de conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida. El Estado, a su vez, tiene la obligación de tomar las medidas apropiadas para la búsqueda, localización y liberación de las personas

⁷¹ Para. 17 (ii). *"the families of missing persons are entitled to know the truth"*. Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Recommendation 1056 (1987) on national refugees and missing persons in Cyprus.

⁷² Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, 9 de enero de 2006, doc. E/CN.4./2006/91, para. 10. Comentario general sobre artículo 18 de la Declaración, Informe del GTDFI del 2005 (E/CN.4/2006/56).

⁷³ Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente Manfred Nowak, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002, página 48.

desaparecidas y, en caso de fallecimiento, para la búsqueda, el respeto y la restitución de sus restos.

La importancia de este artículo no debe menospreciarse, por tres motivos esenciales: en primer lugar, porque reconoce expresamente la existencia del derecho a la verdad; en segundo lugar porque se aplica a situaciones que van más allá de aquellas contempladas por el derecho internacional humanitario y, en tercer lugar, porque el derecho a conocer la verdad se extiende no sólo a los familiares, como señala el artículo 32 del Protocolo adicional sino a cada víctima directamente afectada por la desaparición, ampliándose así el espectro de personas protegidas y el abanico de derechos derivados de tal reconocimiento. En opinión de Mc Crory el artículo 24 es también más amplio porque no limita el derecho a conocer la verdad a la sola determinación de la suerte de su familiar, que no es sino un elemento más para conocer la verdad de las circunstancias de la desaparición⁷⁴. En efecto, el derecho a la verdad no se reduce simplemente al acceso a los archivos públicos o a la información en general sino que implica una acción **positiva** del Estado tendiente a investigar y acumular evidencia sobre los acontecimientos y cuyo esfuerzo requerirá el uso de recursos humanos e inversiones destinadas a tal efecto⁷⁵. En los casos en que una persona haya sido ejecutada extrajudicialmente y sus restos no puedan encontrarse en razón de la muerte de la persona que lo haya enterrado o ejecutado, ***el Estado continúa con la obligación de investigar hasta que se determine la suerte o el paradero de la víctima***⁷⁶, lo que no es más que una confirmación de la naturaleza continuada o permanente de la desaparición forzada⁷⁷.

⁷⁴ Mc Crory, Susan, The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance, *Human Rights Law Review*, Vol. 7, Num. 3, 2007, página 557 y 558.

⁷⁵ Méndez, Juan and Bariffi, Francisco, Truth, Right to, International Protection, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.

⁷⁶ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, General Comment on the Right to the Truth in Relation to Enforced Disappearances, párrafo 5, disponible en http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-right_to_the_truth.pdf.

⁷⁷ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on the Right to the Truth in Relation to Enforced Disappearances, disponible en http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-right_to_the_truth.pdf

El derecho a la verdad tiene también un aspecto social porque la sociedad tiene el derecho a saber la verdad sobre los acontecimientos ocurridos en el pasado, las circunstancias y los motivos, a fin de evitar que se repitan en el futuro⁷⁸. La verdad es un imperativo, no una opción que puede ser descartada por motivos de conveniencia política⁷⁹. Las asociaciones y organizaciones no gubernamentales pueden contribuir en los aspectos de la reparación relacionados con el descubrimiento de la verdad o de las conmemoraciones pero **sus actividades no pueden en modo alguno sustituir la obligación que tiene el Estado de reparar**⁸⁰. La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad ha sido incluida en los *Principios y directrices en materia de reparación frente a violaciones graves de derechos humanos*⁸¹ aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas como parte de la reparación. Si bien en un principio este derecho se limitaba a los casos de desaparecidos, se ha ido ampliando a otras violaciones graves de derechos humanos como las ejecuciones extrajudiciales y la tortura⁸².

De acuerdo con el artículo 2 del Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, el derecho a la verdad es un derecho inalienable e imprescriptible que constituye una salvaguardia fundamental contra la repetición de violaciones graves a los derechos humanos en el futuro⁸³. El artículo 3 va más lejos porque afirma que el

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala, Sentencia de 22 de febrero de 2006, (Reparaciones y Costas), para. 77.

⁷⁹ Bassiouni, Cherif, International Recognition of Victims' Rights, *Human Rights Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 203-279, página 276.

⁸⁰ Aldana-Pindell, Raquel, In Vindication of Justiciable Victims. Rights to Truth and Justice for State-Sponsored Crimes, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Volume 35, Number 5, November 2002, pp. 1399-1501, página 1499.

⁸¹ Resolución 60/147, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 21 de marzo de 2006.

⁸² Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, E/CN.4/2006/91, 9 de enero de 2006, página 5.

⁸³ "Cada pueblo tiene el **derecho inalienable a conocer la verdad** acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado en relación con la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones". Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1,

Estado tiene un deber de recordar de modo de mantener viva la memoria colectiva de un pueblo⁸⁴. El artículo 4 de dichos principios sostiene: *“Independientemente de las acciones que puedan entablar ante la justicia, las víctimas y sus familias tienen el derecho imprescriptible a conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima”*. De acuerdo con el principio 34: *“El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por las víctimas; comprenderá medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción según lo establece el derecho internacional. En los casos de desapariciones forzadas, la familia de la víctima directa tiene el **derecho imprescriptible a ser informada de la suerte y/o el paradero de la persona desaparecida** y, en caso de fallecimiento, se le debe restituir el cuerpo en cuanto se identifique, independientemente de que se haya establecido la identidad de los autores o se los haya encausado”*.

El conocimiento de la verdad debe ser completo y el alcance y naturaleza de las violaciones debe ser revelada. Es decir, el derecho a la verdad incluye los detalles de cómo las violaciones fueron planeadas y ejecutadas, la suerte de las víctimas y quién dio las órdenes y quién las ejecutó. La revelación completa de estas circunstancias es fundamental por la gravedad del fenómeno cuyos efectos perniciosos continúan mientras la verdad sigue oculta⁸⁵ o no haya un recurso efectivo. Mientras la suerte de las víctimas es desconocida, el proceso de superación del trauma no puede empezar y no es suficiente que el ciudadano tenga una idea razonable de lo que sucedió. Por

Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, 8 de febrero de 2005.

⁸⁴ *“El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del **deber de recordar que incumbe al Estado** para preservar los archivos y otras pruebas relativas a violaciones de los derechos humanos y el derecho humanitario y para facilitar el conocimiento de tales violaciones. Esas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas”*. Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, 8 de febrero de 2005.

⁸⁵ Zalaquett, José, *Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Applicable Principles and Political Restraints*, *Hamline Law Review*, N° 13, 1990, página 629.

último, se trata de un derecho que no puede ser limitado o derogado⁸⁶ y dicho carácter inderogable deriva también del hecho que la desaparición forzada causa angustia a la familia, pudiendo implicar un trato inhumano hacia ellos⁸⁷ y la violación de derechos a estos reconocidos, como veremos a continuación.

b. El derecho de los familiares en la jurisprudencia internacional

Los distintos instrumentos internacionales de protección contra las desapariciones forzadas coinciden en que la grave naturaleza del delito afecta no sólo a la persona desaparecida sino también a sus familiares y de modo más general a la sociedad en su conjunto. Los tribunales internacionales han confirmado esta afirmación, algunos más que otros. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido desde sus primeros casos que la desaparición forzada de personas es un fenómeno que atenta contra la vida de las personas desaparecidas y que sus familiares pueden ser considerados, bajo ciertas circunstancias y no como principio general, víctimas de un trato inhumano o degradante por parte del Estado y por lo tanto reconocer que ha habido violación del Convenio Europeo para con ellos. En el caso *Kurt vs Turquía*, el primer caso relacionado con desaparición forzada de personas analizado por este tribunal, la demandante había señalado que la falta de información sobre la suerte y paradero de su hijo y la ausencia de una investigación sobre su desaparición por parte de las autoridades turcas constituía una violación del artículo 3 del Convenio Europeo para con ella, convirtiéndola en víctima de tratos inhumanos y

⁸⁶ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, 9 de enero de 2006, doc. E/CN4./2006/91, para. 8.

⁸⁷ “El derecho a conocer la verdad se ha invocado siempre en relación con la protección de la familia, que se garantiza en el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, establecido en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el derecho del menor a no ser separado de sus padres, reconocido en el artículo 9, y otras disposiciones de esa Convención”. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, 9 de enero de 2006, doc. E/CN4./2006/91.

degradantes en el sentido del artículo 3⁸⁸. En su informe, la Comisión apoyó esta petición porque las actitudes desdeñosas de las autoridades turcas durante un período prolongado de tiempo le había causado estrés y angustia⁸⁹. El Estado, por su parte, rechazó las conclusiones de la Comisión y señaló que no había una relación de causalidad entre la alegada violación de los derechos de su hijo bajo el Convenio y la angustia de la madre. El Tribunal concluyó que la ausencia completa de información oficial sobre la suerte de la persona desaparecida y la actitud reticente del fiscal para sustanciar sus reclamaciones le había generado un estado de angustia prolongado en el tiempo y que, por lo tanto, había violación al artículo 3. Pero el Tribunal advirtió también que no cualquier maltrato justificaba ese reconocimiento sino que debía alcanzar un mínimo grado de severidad y que debían estar presentes circunstancias especiales, como la proximidad del vínculo familiar el desaparecido, el haber sido testigo de la detención y las actitudes desdeñosas del Estado⁹⁰. El Tribunal, además de reconocer una indemnización a favor de la demandante por la violación del artículo 5 del Convenio en relación con la persona desaparecida, dispuso que el Estado debía asimismo pagarle una indemnización por no haberla asistido en su búsqueda por la verdad sobre lo sucedido a su familiar desaparecido, en violación de los artículos 3 y 13 del Convenio⁹¹.

En el caso *Çakici vs Turquía*, el demandante argumentó que la falta de información por parte de las autoridades sobre la desaparición de su hermano constituía un trato inhumano hacia él y sus familiares y que la incertidumbre los había inmerso en una situación infundada de esperanza al creer que todavía su familiar podría haber estado vivo. El Tribunal señaló que el reconocimiento del estatus de víctima de un trato inhumano a los familiares del desaparecido en virtud del artículo 3 dependía de la existencia de una serie de factores especiales que le causarían al

⁸⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Kurt vs Turkey, Sentencia de 25 de Mayo de 1998, para. 113.

⁸⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Kurt vs Turkey, Sentencia de 25 de Mayo de 1998, para. 131.

⁹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Kurt vs Turkey, Sentencia de 25 de Mayo de 1998, paras. 133 y 134.

⁹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Kurt vs Turkey, Sentencia de 25 de Mayo de 1998, paras. 174 y 175.

familiar una angustia mayor que la que provocaría una violación grave de derechos humanos. Esos factores especiales eran, por ejemplo, la cercanía del vínculo familiar, las circunstancias, la participación del familiar en los intentos por obtener información sobre el desaparecido y la manera en que las autoridades respondieron a esos intentos. El Tribunal hizo hincapié en que la esencia de la violación del artículo 3 no descansa en la desaparición en sí sino en las actitudes de las autoridades una vez que la situación ha sido puesta en su consideración. Y que es respecto de esta situación que el familiar puede ser considerado víctima de trato inhumano⁹² pero que no podía desprenderse de esto un principio general⁹³. A la luz de las circunstancias del caso, sin embargo, el Tribunal Europeo señaló que no estaban presentes los factores especiales mencionados más arriba y por lo tanto no podía considerarse al demandante como víctima en el sentido del artículo 3⁹⁴.

En el caso *Tas vs Turquía*, también en materia de desaparición, el Tribunal consideró que la indiferencia e insensibilidad de las autoridades frente a las iniciativas del demandante le habían causado angustia y que había, por lo tanto, violación del artículo 3 en su contra⁹⁵. El Tribunal concedió al denunciante una compensación económica por no haber conducido una investigación que determinase la suerte y el paradero de la persona desaparecida.

En el caso *Chipre vs Turquía*, la Comisión había señalado en su informe que la falta de información durante 25 años acerca de la suerte de las personas desaparecidas, situación que perduraba hasta la actualidad, constituía un trato inhumano y degradante en el sentido del artículo 3 del Convenio para sus familiares y una violación continuada de dicho artículo. En su opinión, el paso del tiempo no había puesto fin a la angustia e incertidumbre de los familiares sino que la había agravado. El Tribunal recordó que no toda desaparición lleva automáticamente a considerar a los

⁹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Çakici vs Turkey, Sentencia de 8 de Julio de 1999, para. 98.

⁹³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Çakici vs Turkey, Sentencia de 8 de Julio de 1999, para. 97.

⁹⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Çakici vs Turkey, Sentencia de 8 de Julio de 1999, para. 99.

⁹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Tas vs Turkey, Sentencia de 14 de Noviembre 2000, para. 80.

familiares de la víctima como víctimas ellas mismas de trato inhumano o degradante sino que debían cumplirse una serie de condiciones⁹⁶. El Tribunal consideró que las autoridades no habían conducido una investigación sobre las circunstancias que rodearon las desapariciones y que la ausencia de información precisa, que en los casos de desaparición forzada era responsabilidad del Estado por ser quien detiene a la víctima, había causado a los familiares un estado de ansiedad que perduraba en el tiempo. En su opinión, el silencio de las autoridades turcas frente a las preocupaciones de los familiares de los desaparecidos no podía sino ser considerado como trato inhumano, conllevando una violación del artículo 3 del Convenio⁹⁷.

En el caso *Varnava vs Turquía*, la Gran Sala afirmó que la falta de información de las autoridades frente al pedido de los familiares o los obstáculos puestos por aquellas constituían una violación del Convenio porque **dejaba a las víctimas con la carga de averiguar por ellos mismos lo acontecido**. En la misma línea señaló que el silencio de las autoridades frente a los problemas reales de los familiares constituía una violación flagrante y continua de su obligación de informar sobre la suerte y el paradero de la persona desaparecida y además un trato inhumano⁹⁸. La Gran Sala concedió 12.000 euros a cada demandante y 8.000 euros más en concepto de gastos y costas.

Por último, la sentencia *Janowiec vs Rusia* confirma y profundiza aún más los desarrollos del Tribunal Europeo en materia de desaparición forzada de personas. Los demandantes habían afirmado que la falta de información sobre la suerte de sus familiares y la postura desdeñosa de las autoridades rusas a sus pedidos constituían un trato inhumano o degradante en violación del artículo 3 del Convenio. El gobierno polaco, que había formado parte del proceso, afirmó que la falta de acceso de los denunciantes a la información y la constante incertidumbre constituían un trato humillante hacia los familiares. El gobierno ruso, por su parte, había sostenido que el

⁹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Cyprus vs Turkey*, Sentencia de 21 de Mayo de 2001, para. 156.

⁹⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Cyprus vs Turkey*, Sentencia de 21 de Mayo de 2001, paras. 157 y 158.

⁹⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Caso *Varnava and Others v. Turkey*, Sentencia de 18 de Septiembre de 2009, paras. 200 y 201.

derecho de rehabilitación caía fuera del alcance del procedimiento ante el Tribunal y que la oficina del fiscal militar les había facilitado toda la información de la que disponían en relación con el caso. El Tribunal recordó que la esencia del artículo 3 no radicaba en la ocurrencia de una violación grave de los derechos para con la persona desaparecida sino en las reacciones y actitudes de las autoridades cuando la situación ha sido puesta en su conocimiento. Agregó que la determinación de dicha violación no se limita a los casos en los que la responsabilidad del Estado ha sido probada sino que también podía extenderse a los casos de ausencia de respuesta u obstáculos interpuestos por parte de las autoridades ante las solicitudes de información de sus familiares, dejándolos con el peso de descubrir la verdad, lo que podía ser considerado como un incumplimiento flagrante y continuado de la obligación de informar sobre la suerte de la persona desaparecida⁹⁹ (tal y como había afirmado en el caso *Varnava*). El Tribunal observó que la obligación de las autoridades bajo el artículo 3 es distinta de la del artículo 2 tanto desde el punto de vista sustancial como desde su alcance temporal. Mientras que la obligación procesal del artículo 2 exige a las autoridades la adopción de acciones legales capaces de conducir a la identificación y castigo de los responsables, la obligación impuesta por el artículo 3 tiene una naturaleza humanitaria más general, porque exige de las autoridades una reacción humana y compasiva frente a las solicitudes de personas muertas o desaparecidas. Y por lo tanto, el Tribunal era competente para verificar el cumplimiento de esta obligación por parte de las autoridades rusas, aún cuando la muerte se hubiese producido fuera del ámbito de su competencia temporal¹⁰⁰.

El Tribunal consideró que los denunciantes habían sufrido un trauma doble: por un lado, sus familiares habían muerto y no habían tenido acceso, por razones políticas, al derecho a la verdad y por otro, habían sido forzados a aceptar una versión distorsionada de los hechos por más de 50 años¹⁰¹, lo que indicaba una patente falta de consideración por las preocupaciones de los denunciantes y un

⁹⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia, Sentencia de 16 de Abril de 2012, para. 151.

¹⁰⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia, Sentencia de 16 de Abril de 2012, para. 152.

¹⁰¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia, Sentencia de 16 de Abril de 2012, para. 156.

deliberado ocultamiento de las circunstancias de la masacre de Katyn¹⁰². El silencio de las autoridades del Estado acusado frente a las preocupaciones actuales de los familiares solo podía ser categorizado como trato inhumano. Agregó que la obligación del artículo 3 incluye el esclarecimiento de las circunstancias de la muerte y la localización de las tumbas¹⁰³ (obligaciones similares a las derivadas del artículo 7 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). En consecuencia, el Tribunal consideró que el trato recibido por los denunciantes por parte del Estado ruso había alcanzado el nivel de severidad exigido por el Tribunal para considerarlo inhumano en el sentido del artículo 3 del Convenio¹⁰⁴. Por último, el Tribunal consideró que la declaración del año 2010 de la Duma rusa, reconociendo que los prisioneros de guerra polacos habían sido ejecutados de forma arbitraria por el estado totalitario soviético, no había conducido a la reapertura de las investigaciones ni a la desclasificación de los documentos¹⁰⁵. El Tribunal concluyó que la determinación de la violación era una justa satisfacción para los familiares y les reconoció también 5.000 euros en concepto de gastos y costas.

La Corte Interamericana también se ha referido a los derechos a los familiares de las personas desaparecidas. En el caso *Blake*, la Corte dijo que la desaparición forzada perjudicaba el derecho de los familiares a las garantías judiciales¹⁰⁶. En el caso *Heliodoro Portugal vs Panamá*, la Corte Interamericana señaló que el Estado está obligado a combatir la impunidad con todos los medios a su disposición de modo de evitar una situación de indefensión para las víctimas y los familiares, que tienen el derecho a conocer la verdad de los hechos. Este derecho representa un medio de reparación y una justa expectativa que el Estado está obligado a satisfacer¹⁰⁷. La Corte

¹⁰² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia, Sentencia de 16 de Abril de 2012, para. 159.

¹⁰³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia, Sentencia de 16 de Abril de 2012, para. 163.

¹⁰⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia, Sentencia de 16 de Abril de 2012, para. 166.

¹⁰⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia, Sentencia de 16 de Abril de 2012, para. 161.

¹⁰⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake vs Guatemala, Sentencia de 24 de enero de 1998, (Fondo), para. 97.

¹⁰⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Sentencia de 12 de Agosto de 2008, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 244.

afirmó que en cumplimiento de la obligación de investigar el Estado debía remover todos los obstáculos *de facto y de iure* que impidan la investigación de los hechos¹⁰⁸ y concluyó que el Estado estaba obligado a reparar el daño causado a la víctima y sus familiares el Estado a través de la realización de un acto público de reconocimiento de su responsabilidad internacional derivada del caso y que debía contar con la presencia de las autoridades y las víctimas reconocidas en la sentencia¹⁰⁹.

En el reciente caso *Gelman vs Uruguay*, la Corte volvió sobre el tema y fue aún más específica porque señaló: *“en casos que involucran la desaparición forzada de personas, es posible entender que la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa de ese fenómeno, que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo, que se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionar información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para lograr el esclarecimiento de lo sucedido. Además, la privación del acceso a la verdad de los hechos acerca del destino de un desaparecido constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares cercanos, lo que hace presumir un daño a la integridad psíquica y moral de familiares directos de víctimas de ciertas violaciones de derechos humanos”*¹¹⁰. Esta sentencia es importante porque además de reconocer reparaciones materiales para la víctima, la Corte dispuso una serie de medidas que el Estado debía adoptar, entre ellas, acelerar la búsqueda y localización inmediata de María Claudia García o de sus restos mortales y, en su caso, entregarlos a sus familiares, previa comprobación genética de filiación; que la ley de Caducidad de la pretensión punitiva del Estado existente en Uruguay no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos; la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos del caso; la colocación de una placa con la inscripción del nombre de las víctimas y de todas las

¹⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Sentencia de 12 de Agosto de 2008, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), paras. 244 y 246.

¹⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Sentencia de 12 de Agosto de 2008, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 249.

¹¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, (Fondo y Reparaciones), para 133.

personas que estuvieron detenidas ilegalmente en el edificio del Sistema de Información de Defensa; la implementación de un programa permanente de derechos humanos dirigido a los agentes del Ministerio Público y a los jueces del Poder Judicial de Uruguay¹¹¹.

Por último, en los casos de Srebrenica, la Cámara de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina concluyó que el hecho de que Serbia no hubiese informado lo sucedido con las personas desaparecidas durante la masacre de julio de 1995 violaba el derecho a ser tratados humanamente en el sentido del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos: *“(...) the failure of the Republika Srpska to inform the applicants about the truth of the fate and whereabouts of their missing loved ones, including conducting a meaningful and effective investigation into the massacre at Srebrenica in July 1995, violates their rights to be free from inhuman and degrading treatment, as guaranteed by Article 3 of the European Convention”*¹¹².

III.III Las obligaciones en casos de apropiación de niños

a. Los instrumentos internacionales

La apropiación de niños y la falsificación de sus identidades biológicas adquirieron atención internacional como resultado de las políticas de la última dictadura militar en la República Argentina. Se trató de una de las prácticas más aberrantes del régimen de Videla y sus efectos perniciosos permanecen en el tiempo porque los hijos recién nacidos de madres en cautiverio fueron entregados a familias adictas al régimen y sus identidades modificadas. Los esfuerzos de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos en América Latina, junto con varios gobiernos, en especial el de la República Argentina, han impulsado propuestas

¹¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, (Fondo y Reparaciones), parte dispositiva, puntos 10 a 16.

¹¹² Chamber for Bosnia and Herzegovina, Decision on admissibility and merits, 7 March 2003, The Srebrenica Cases. (49 applications), para. 222, disponible en <http://www.hrc.ba/database/decisions/CH01-8365%20Selimovic%20Admissibility%20and%20Merits%20E.pdf>

tendientes al reconocimiento en el derecho internacional de este fenómeno y la puesta en práctica de mecanismos destinados a proteger a las víctimas y ofrecerles un recurso efectivo. El artículo 20 de la Declaración de 1992 puso de manifiesto por primera vez en un instrumento internacional el problema y la complejidad de la apropiación de niños nacidos en cautiverio y de los hijos nacidos previamente y cuyos familiares hubiesen sido víctimas de una desaparición forzada. La Declaración dispone que los Estados se esforzarán por buscar e identificar a los niños nacidos en esas circunstancias y restituirlos a sus familias e insta a los Estados a tipificar con penas graves la apropiación de niños nacidos en cautiverio así como la falsificación o supresión de documentos que atestigüen su identidad. Otra de las medidas reconocidas en la Declaración consiste en la necesidad de declarar la nulidad de las adopciones que tengan su origen en una desaparición forzada.

El artículo XII de la Convención Interamericana recoge también la cuestión y pone de manifiesto la preocupación de los Estados por la situación de los menores cuyos padres, tutores o guardadores fuesen víctimas de una desaparición, tanto en su propio país como si que hubiesen sido trasladados al extranjero. Los redactores de la Convención tenían presente las consecuencias del denominado Plan Cóndor, un programa que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyó una clara situación de terrorismo de Estado¹¹³. La Operación o Plan Cóndor fue urdido por los regímenes militares de América del Sur en la década de 1970 e incluía un plan secreto de intercambio de información, detenciones ilegales, torturas, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales de oponentes políticos, en el nombre de la doctrina de la seguridad nacional¹¹⁴. De acuerdo con el artículo XII de la Convención Interamericana, los Estados se comprometían a cooperar en la búsqueda, identificación, localización y restitución de menores. El artículo 18 del Anteproyecto también dedicó parte de su texto a la cuestión y disponía que los Estados se comprometían por un lado, a impedir y reprimir la apropiación de hijos de personas

¹¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2006. Sentencia de 22 de septiembre. Goiburú y otros v. Paraguay, Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, para. 66.

¹¹⁴ Para un estudio de la operación Cóndor véase McSherry, Patrice, *Tracking the origins of a State Terror Network: Operation Condor, Latin American Perspectives*, Vol. 29, Num. 1, January 2002, pp. 38-60.

desaparecidas así como de aquellos nacidos mientras sus madres se encontraban en cautiverio y por otro lado, a realizar los esfuerzos destinados a la identificación de esos niños.

La Convención Internacional de 2006 ha sido el último avance del derecho internacional en el reconocimiento del fenómeno y la necesidad de protección frente a él. En su artículo 25 protege tres situaciones posibles: a) la de los menores cuyos padres o representantes legales han sido víctimas de una desaparición forzada; b) la apropiación de los niños sometidos a una desaparición forzada; y c) los casos de niños nacidos en cautiverio de sus madres víctimas de una desaparición. En virtud de la Convención, los Estados se comprometen a tomar las medidas necesarias para evitar y sancionar las conductas mencionadas así como aquellas destinadas a destruir o falsificar los documentos que prueben la verdadera identidad de los menores. Los Estados asumen además la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para localizar e identificar a los niños desaparecidos así como prestar ayuda a los Estados en esta labor. El apartado 4 del artículo 25 recuerda el interés superior de los niños y la necesidad de respetar su derecho a la identidad, nacionalidad y al nombre. En el caso argentino, la separación de los niños de sus familias biológicas era seguida generalmente de la entrega y/o adopción por familias adictas al régimen. La Convención Internacional de 2006 ha reconocido esta situación y establecido la obligación de los Estados de poner a disposición de las víctimas un procedimiento legal destinado a revisar el proceso de adopción y, eventualmente, a anularla, si la adopción ha tenido su origen en una desaparición forzada.

Las disposiciones contenidas en la Convención Internacional de 2006 son complementarias de las de la Convención sobre Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989. El artículo 1.2 de la misma dispone que los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. Los artículos 3 y 8 reconocen el interés superior del niño y disponen que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad,

incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas y que en caso de cambio de identidad, el Estado se compromete a adoptar las medidas necesarias tendientes a restablecerla. El artículo 7 dispone que el niño será inmediatamente inscrito después de su nacimiento y tendrá derecho a conocer a sus padres y a ser criado por ellos. Por último, de acuerdo con el artículo 9, cuando la separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Como ha afirmado el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas, la situación de los menores nacidos cuando sus madres se encontraban en cautiverio y su posterior adopción ilegal es una violación del derecho a ser reconocido como persona ante la ley y que incluso si sus progenitores han fallecido como consecuencia de la desaparición, los efectos de la situación ilegal continúan teniendo efectos, como por ejemplo, en materia hereditaria¹¹⁵. Como se desprende de la jurisprudencia que veremos a continuación, la obligación del Estado sólo cesa cuando el menor recupera su verdadera identidad.

b. La jurisprudencia internacional

A diferencia de los apartados anteriores, la producción jurisprudencial en relación con la apropiación de niños y supresión de identidad ha sido menor y, de momento, exclusiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso *Gelman vs Uruguay* la Corte puso de manifiesto los graves y permanentes perjuicios que entraña la desaparición de menores. El caso tiene su origen en la detención el 24 de agosto de 1976 de María Claudia García y su esposo, Marcelo Ariel Gelman

¹¹⁵ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on the right to recognition as a person before the law in the context of enforced disappearances, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GCRecognition.pdf>

Schubaroff, en su residencia de Buenos Aires, por comandos militares uruguayos y argentinos. Días más tarde, fueron trasladados al centro de detención conocido como “Automotores Orletti” y separados uno del otro. María Claudia, embarazada, fue trasladada a Uruguay de forma clandestina en octubre de 1976. El 22 de diciembre de ese año María Claudia y su hija recién nacida fueron transportadas a otro lugar de reclusión conocido como la Base Valparaíso, donde la recién nacida fue separada de su madre y entregada a la familia de un policía uruguayo, Ángel Tauriño, en Montevideo. Un año más tarde, Tauriño y su esposa registraron a la niña como propia y la bautizaron con el nombre de María Macarena Tauriño Vivian. Durante este tiempo, los abuelos biológicos de la niña llevaron adelante investigaciones para determinar la suerte de lo sucedido con su hija y se enteraron que había dado a luz a una niña, iniciando una campaña que ganó conocimiento público. En 1999, unos vecinos de Montevideo se contactaron con el abuelo, Juan Gelman, y le informaron de la sorpresa que había generado la aparición de un niño en el seno de la familia Tauriño cuando era público que la pareja no podía biológicamente tener niños. Durante todos los años hasta que la niña conoció la verdad sobre lo sucedido, el Estado no había realizado esfuerzos para clarificar la situación sino más bien todo lo contrario y sólo la iniciativa y constancia de los abuelos de la niña habían posibilitado el descubrimiento de la verdad y el éxito del proceso.

A raíz de esta información, Gelman interpuso una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El demandante solicitó a la Corte que declarase que Uruguay había violado el derecho a las garantías judiciales y a la protección judicial, derechos reconocidos en la Convención Americana y en la Convención Interamericana sobre desaparición forzada; también adujo violación de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura. Solicitó a la Corte que declarase la responsabilidad de Uruguay por violación del derecho a la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal y a la obligación de sancionar estas violaciones en perjuicio de María Claudia García. Con relación a la menor nacida en cautiverio, los representantes solicitó que la Corte declarase la responsabilidad por la violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la protección de la honra y de la dignidad, al nombre, a las medidas especiales de protección de los

niños y a la nacionalidad reconocidos en la Convención Americana. Por último, solicitó el reconocimiento de la violación del derecho a la protección de la familia en perjuicio del menor, de su abuelo y de sus familiares. El gobierno de Uruguay reconoció su responsabilidad por la desaparición de María Claudia García.

La Corte Interamericana afirmó que Uruguay había incumplido las obligaciones derivadas de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada porque no había llevado adelante una investigación sobre lo acontecido. La Corte agregó que la sustracción de los niños efectuada por agentes estatales para ser entregados ilegítimamente en crianza a otra familia, modificando su identidad y sin informar a su familia biológica constituía un hecho complejo que implicaba una sucesión de violaciones de derechos que afectaban el derecho a la identidad y una violación de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto afectan el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia¹¹⁶. En este sentido, continuó la Corte, la violación sólo cesa cuando la verdad sobre la identidad es revelada y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperar su verdadera identidad y su vínculo familiar¹¹⁷. En cuanto al derecho al nombre, la Corte recordó que constituía un elemento básico e indispensable de la identidad de cada persona, sin el cual no puede ser reconocida por la sociedad ni registrada ante el Estado¹¹⁸.

La Corte señaló que las situaciones de la madre y de la hija podían ser calificadas **ambas como casos de desaparición forzada porque habían tenido el mismo efecto o propósito, esto es dejar la incógnita sobre su destino o paradero o la negativa a reconocerlo**, y que esta afirmación era consistente con la Convención Internacional de 2006¹¹⁹. La Corte declaró la responsabilidad del Estado uruguayo por la desaparición forzada de María Claudia García por haber violado sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, (Fondo y Reparaciones), paras. 120 y 122.

¹¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, (Fondo y Reparaciones), para. 131.

¹¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, (Fondo y Reparaciones), para. 127.

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, (Fondo y Reparaciones), para 132.

libertad personal. En cuanto a la menor (María Macarena), adulta ya, la Corte, si bien reconoció que el derecho a la identidad no se encontraba reconocido en la Convención Americana, sí podía desprenderse del artículo 8 de la Convención sobre Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia¹²⁰. Afirmó que Uruguay era responsable por la supresión y sustitución de su identidad, dando lugar a una violación de su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la familia, al nombre a los derechos del niño y a la nacionalidad. La Corte concluyó que había existido una injerencia ilegal por parte del Estado en la familia de origen de María Macarena imposibilitando su permanencia en el núcleo familiar; además, a pesar de que el Estado tenía conocimiento de la situación desde el origen, había omitido cualquier investigación hasta el año 2000 impidiendo el ejercicio del derecho a la familia¹²¹.

En el caso *Contreras y otros vs El Salvador*, la Corte reconoció que durante el conflicto en El Salvador había ocurrido, además de la violencia derivada del conflicto, un patrón sistemático más específico relacionado con la desaparición forzada de niños que eran sustraídos y retenidos ilegalmente por miembros de las fuerzas armadas y que implicaba, además, la apropiación de los niños y su inscripción con otro nombre o bajo datos falsos¹²².

La Corte describió la situación de la siguiente manera:

“(...) las desapariciones formaron parte de la estrategia contrainsurgente desarrollada por el Estado que obedecía al concepto de destruir grupos poblacionales asociados con la guerrilla, dentro de lo cual cobró utilidad la sustracción de niñas y niños a fin de separarlos de la “población enemiga” y “educarlos bajo la concepción ideológica sustentada por el Estado en ese

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, (Fondo y Reparaciones), para 122.

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, (Fondo y Reparaciones), para. 126.

¹²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Contreras y otros vs El Salvador, Sentencia de 31 de agosto de 2011, (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 51

entonces". Los niños y niñas eran sustraídos durante la ejecución de operativos militares después de que sus familiares fueran ejecutados u obligados a huir para proteger sus vidas y frecuentemente apropiados por parte de jefes militares, quienes los incluían en sus senos familiares como hijos"¹²³.

"(...) tanto en los casos de adopciones que siguieron procesos legales como en la apropiación de niños y niñas, hubo una **práctica de alteración de las identidades de los menores de edad**; muchos fueron registrados de hecho como hijas e hijos, es decir, sin necesidad de la alteración de registros, en otros casos se cambió el nombre o los apellidos y se alteró la edad de los niños y niñas"¹²⁴.

La Corte sostuvo que al tratarse a los niños como objetos susceptibles de apropiación se atentaba contra su dignidad e integridad personal¹²⁵ y que también se negaba su existencia y les dejaba en una situación de indeterminación jurídica ante la sociedad y el Estado¹²⁶. Agregó que el registro falso de los niños desaparecidos tenía efectos negativos tanto para el niño como para su familia biológica: *"Ha sido comprobado que muchos de los niños y niñas desaparecidos **eran registrados bajo información falsa o sus datos alterados**"¹²⁷, como ocurrió en el caso de Gregoria Herminia, aspecto que irradia sus efectos en dos sentidos: por un lado, para el niño o niña apropiada, a quien se le imposibilita buscar a su familia y conocer su identidad biológica y, por el otro, a su familia de origen, a quienes se les obstaculiza el ejercicio de los recursos legales para restablecer la identidad biológica, el vínculo familiar y hacer cesar la privación de libertad"*¹²⁸.

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Contreras y otros vs El Salvador, Sentencia de 31 de agosto de 2011, (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 53

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Contreras y otros vs El Salvador, Sentencia de 31 de agosto de 2011, (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 55.

¹²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Contreras y otros vs El Salvador, Sentencia de 31 de agosto de 2011, (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 86.

¹²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Contreras y otros vs El Salvador, Sentencia de 31 de agosto de 2011, (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 88.

¹²⁷ La negrita es nuestra.

¹²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Contreras y otros vs El Salvador, Sentencia de 31 de agosto de 2011, (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 89.

La Corte recordó que **la situación de ilegalidad sólo cesaba cuando la verdad sobre la identidad era revelada y se garantizan a la víctima las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperar su verdadera identidad y, en su caso, el vínculo familiar**¹²⁹. La Corte, luego de recordar el carácter permanente de la desaparición forzada, dispuso que como hasta el momento de la sentencia se desconocía el paradero o destino posterior de los niños desaparecidos, la desaparición seguía cometiéndose. En el caso de uno de los niños “reaparecidos”, la desaparición había continuado hasta el momento en que su identidad había sido determinada¹³⁰.

Por último, la Corte señaló: *“En suma, el Tribunal considera que, sustraer a una menor de edad de su entorno familiar y cultural, retenerla ilegalmente, someterla a actos de violencia y violación sexual, inscribirla con otro nombre como propio, cambiar sus datos de identificación por otros falsos y criarla en un entorno diferente en lo cultural, social, religioso, lingüístico, según las circunstancias, así como en determinados casos mantenerla en la ignorancia sobre estos datos, constituye una violación agravada de la prohibición de injerencias en la vida privada y familiar de una persona, así como de su derecho a preservar su nombre y sus relaciones familiares, como medio de identificación personal. Más aún cuando el Estado no ha adoptado con posterioridad ninguna medida dirigida a fin de reunificarla con su familia biológica y devolverle su nombre e identidad”*.¹³¹

¹²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Contreras y otros vs El Salvador, Sentencia de 31 de agosto de 2011, (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 89.

¹³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Contreras y otros vs El Salvador, Sentencia de 31 de agosto de 2011, (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 92.

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Contreras y otros vs El Salvador, Sentencia de 31 de agosto de 2011, (Fondo, Reparaciones y Costas), para. 116.

CAPITULO IV. ESTADO DE SITUACION SOBRE LA INVESTIGACIÓN Y REPARACION DE LOS DESAPARECIDOS DE LA GUERRA CIVIL Y EL FRANQUISMO EN ESPAÑA

“P. ¿Cree que se puede investigar el franquismo a la luz del Derecho Internacional?

R. En el pasado, el objetivo de la Justicia era identificar a los autores buscando su incriminación o buscar pruebas para un proceso equitativo. Ahora, la Justicia internacional además del objetivo clásico de identificar a los autores, tiene el objetivo de reparación a las víctimas de las desapariciones. Las víctimas tienen derecho a conocer la verdad, qué pasó, cómo y cuándo. Probablemente, todos los autores están muertos, pero las víctimas siguen existiendo y tienen derecho a saber.

P. ¿Qué imagen tiene en Europa el Tribunal Supremo español?

R. Conozco la Justicia española desde los tiempos de Franco. Creo que el Tribunal Supremo español es democrático, pero tiene un problema de formación de los magistrados. Ahora, con la globalización mundial, el juez tiene la obligación de tener en cuenta el Derecho Internacional¹.”

IV.1. ¿Es correcto hablar de desaparecidos en España?

Como hemos visto en el capítulo II, durante la guerra civil se cometieron violaciones graves a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario por parte de ambos bandos, que incluyeron detenciones arbitrarias, ejecuciones judiciales, extrajudiciales y torturas. Muchas de las ejecuciones cometidas por los sublevados entre 1936 y 1939 no se registraron, ocultándose frecuentemente las circunstancias

¹ Lázaro, J. M., Entrevista a Louis Joinet Ex Relator Especial de la ONU, El acoso a Garzón, "Acusar de prevaricación al juez da ideas a países no democráticos", *El País*, 24 de marzo de 2010.

del fallecimiento así como el lugar de inhumación², excepto en aquellos casos en los que el fallecimiento era el resultado de un consejo de guerra sumario³. Por lo tanto, es necesario distinguir desde un primer momento entre, por un lado, los fallecidos registrados de la guerra civil y los ejecutados en los 10 años posteriores, cuyas muertes están inscritas y sus nombres identificados, y por otro lado, las víctimas sin registrar, sin conocimiento de las circunstancias de la muerte y abandonadas “*en las cunetas de las carreteras, en las tapias de los cementerios, en los ríos, en pozos y minas, o enterradas en fosas comunes*”⁴, que ascenderían a 30.000 según algunas fuentes⁵. Este grupo de personas cuya suerte o paradero continúan inciertos a día de hoy constituyen los desaparecidos de la guerra civil y el franquismo.

En España, sólo recientemente el término “desaparecido” ha sido asociado a las víctimas del franquismo. Sin embargo, un análisis de la legislación franquista nos permite afirmar que el término no era totalmente extraño en España, incluso durante la propia guerra civil⁶ al existir disposiciones de la época en la que se habla ya de las desapariciones como una consecuencia natural de toda guerra. En el Boletín del Estado del 11 de noviembre de 1936, Franco aprobó el “Decreto núm. 67.- Dictando reglas a las que habrá de sujetarse la inscripción del fallecimiento o desaparición de personas, ocurridos con motivo de la actual lucha nacional contra el marxismo” en el que su preámbulo señala que una consecuencia natural de toda guerra era la *desaparición de personas*, sean combatientes o no, y por ende era necesaria la inscripción de ausencias, desapariciones y fallecimientos de personas ocurridas con motivo de la lucha nacional contra el marxismo. El decreto agregaba que transcurridos 5 años desde la inscripción, un juez, a petición de parte, podía declarar la presunción de muerte de

² Gil Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, 2009, Atelier, Barcelona.

³ Preston, Paul, *La Guerra Civil Española*, Random House Mondadori, 2006, pp. 387, página 308.

⁴ Casanova, Julián, Desaparecidos, *El País*, 10 de julio de 2008.

⁵ Casanova, Julián, Desaparecidos, *El País*, 10 de julio de 2008. Similares cifras ha publicado el informe de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la Guerra Civil y el Franquismo, 28 de julio de 2006, página 79, disponible en <http://www.mpr.gob.es/NR/rdonlyres/3834DA97-8D86-4CD0-AE2E-7C8AA123725A/77935/InformeGeneral.pdf>.

⁶ Ferrándiz, Francisco, De las fosas comunes a los derechos humanos. El descubrimiento de las desapariciones forzadas en la España contemporánea, *Revista de Antropología Social*, Número 19, 2010, pp. 161-189, página 163.

la persona⁷. La Causa General informativa de los hechos delictivos y otros aspectos de la vida en la zona roja desde el 18 de julio de 1936 hasta la liberación”, creada por el Ministerio de Justicia por decreto de 26 de abril de 1940, también disponía, en el Estado 1, la creación de una *“relación de personas residentes en este término municipal, que durante la dominación roja fueron muertas violentamente o desaparecieron y se cree fueran asesinas”*. Por lo tanto, difícilmente se pueda hablar de las desapariciones como un fenómeno totalmente ajeno a la guerra civil y los años de la posguerra en España.

El término que se ha utilizado para referirse a este colectivo es el de “paseados”, y cuya figura significaba la detención de la víctima y su posterior paseo al amanecer para ser ejecutado, en muchas ocasiones, extrajudicialmente y sin registro del lugar de entierro, como hemos visto en el capítulo II de esta tesis. Independientemente del nombre que se le quiera dar, la definición de desaparición forzada de personas aceptada en el derecho internacional impediría excluir su aplicación al caso español, si los hechos se estuviesen produciendo actualmente. Es cierto que el fenómeno de la desaparición forzada de personas ganó trascendencia internacional con las prácticas de los regímenes militares del Cono Sur y que existen diferencias entre los desaparecidos de aquellas latitudes y los “paseados” del franquismo y que cada situación debe ser analizada en su contexto y circunstancias. Pero la definición de la desaparición forzada de personas que provee el derecho internacional de los derechos humanos es aplicable también al caso español porque se reúnen los elementos de la figura, esto es: a) hay una detención de personas, sea esta legal o ilegal; b) cometida por el Estado o con su conocimiento o aquiescencia; c) existe una negativa del Estado a proveer información sobre la suerte; d) coloca a las víctimas en un estado de indefensión, entendiéndose como víctima no sólo a la persona desaparecida sino también a sus familiares.

Además, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas ha afirmado que una detención seguida de una ejecución extrajudicial constituye una desaparición forzada,

⁷ Decreto número 67.- Dictando reglas a las que habrá de sujetarse la inscripción del fallecimiento o desaparición de personas, ocurridos con motivo de la actual lucha nacional contra el marxismo, Boletín Oficial del Estado núm. 27, de 11/11/1936.

siempre que la privación de la libertad la hayan realizado agentes del Estado o grupos organizados con el apoyo del gobierno, directo o indirecto, y que luego se nieguen a revelar la suerte y el paradero de la persona o incluso la misma detención⁸. Y la inclusión de España por parte del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas entre los países con desapariciones forzadas pendientes de investigar viene a confirmar que es correcto hablar de desaparecidos en España. Por último, la carta enviada por el presidente del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas a la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica dirigida por Emilio Silva en el año 2001 en la que se afirmaba que el Grupo sólo podía, por cuestiones logísticas, estudiar los casos posteriores a 1945 y en la que al mismo tiempo aceptaba su competencia para los casos posteriores que había denunciado esa Asociación viene a confirmar que el Grupo consideraba a la desaparición forzada de personas como un método de persecución política durante el franquismo⁹.

IV.II. La investigación y reparación en España a los desaparecidos del franquismo

Las violaciones a los derechos humanos cometidas en la zona republicana contra los sublevados y sus simpatizantes fueron investigadas por el régimen franquista a través de la “Causa General informativa de los hechos delictivos y otros aspectos de la vida en la zona roja desde el 18 de julio de 1936 hasta la liberación”. Su fin primario consistía en investigar los crímenes de los rojos, sus causas, efectos, atribución de responsabilidades e identificación de las víctimas, y partía de la afirmación que el régimen de Azaña había llegado al poder luego de unas elecciones falseadas y que su gobierno había ejecutado una política de disolución nacional cuyo fin último sería la instalación de una dictadura comunista, por lo que el Alzamiento Nacional era inevitable. La Causa General, que tiene una extensión de más de 1500 legajos y se encuentra disponible en Internet¹⁰, consiguió varias metas porque: a)

⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Desapariciones forzadas o involuntarias, Folleto informativo Nº 6/Rev.3, Octubre 2009, página 14.

⁹ Silva, Emilio y Macías, Santiago, *Las fosas de Franco. Los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*, Colección Historia Viva, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 2003, pp. 374, página 116.

¹⁰ <http://www.causageneral.org/>

instaló en la memoria de la población la existencia de un *terror rojo* (encabezado por los responsables de la Segunda República) e identificó a la gran mayoría de los verdugos; b) compensó a las familias víctimas de ese terror y confirmó la división social entre vencedores y vencidos¹¹; y c) la gran mayoría de “sus” víctimas (los fallecidos en manos del bando republicano) fue identificada con nombre y apellido, registrada y dignamente sepultada. En muchos casos sus nombres fueron grabados en las catedrales, iglesias e incluso algunas calles llevan sus nombres¹².

Las víctimas en la zona nacional no tuvieron ese “privilegio”, en primer lugar porque el régimen no lo consideró necesario y segundo, porque muchas de las muertes cometidas por los sublevados durante la guerra civil no se registraban, ocultándose frecuentemente las circunstancias del fallecimiento así como el lugar de inhumación¹³. Llegada la transición, la reconciliación nacional se erigió en el objetivo primordial del proceso y las potenciales reclamaciones de las víctimas quedaron relegadas a un segundo plano. Los partidos políticos compartían la creencia de que el olvido era un instrumento exitoso para la transición hacia la democracia y la ley de amnistía de 1977 (que fue la primera ley aprobada por el nuevo parlamento democrático), se convirtió en la pieza clave del proceso transicional¹⁴. La ley impidió las posibles reclamaciones de rendición de cuentas por la vía judicial para aquellos actos de motivación política e, implícitamente, el ejercicio del derecho a saber de las víctimas y sus familiares¹⁵, ubicándolas en un estado de indefensión que continúa hasta nuestros días. Como afirma Gil y Gil, la transición española se basó en un modelo de olvido del pasado con rehabilitación parcial en el que se renunció a cualquier intención sancionadora de los responsables de los crímenes del franquismo como también a las intenciones de descubrir la verdad sobre lo acontecido. Se trató, en

¹¹ Casanova Julián, et al, *Morir, matar, sobrevivir. La violencia en la dictadura de Franco*, Crítica, Barcelona, 2002, p. 31.

¹² Preston, Paul, *La Guerra Civil Española*, Random House Mondadori, 2006, pp. 387, página 22.

¹³ Gil Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, 2009, Atelier, Barcelona, página 89.

¹⁴ Véase por ejemplo la respuesta del gobierno español a las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos en la que se afirma el carácter fundamental de la ley de amnistía española: Comentarios del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, 13 de enero de 2009.

¹⁵ Preston, Paul, *La Guerra Civil Española*, Random House Mondadori, 2006, pp. 387, página 24.

pocas palabras, de un modelo de impunidad¹⁶. Además, no se crearon “comisiones de la verdad” al estilo de las establecidas en Argentina, Chile o Sudáfrica y la Causa General sólo incluyó a las víctimas del bando nacional. Respecto del bando republicano, miles de las personas que murieron en los frentes o en las operaciones de la retaguardia siguen sin ser localizadas¹⁷ y sólo parcialmente sus familiares han accedido al derecho a la reparación. No ha habido investigaciones oficiales sobre los desaparecidos durante la guerra civil y los primeros años de la dictadura franquista y el Informe Lorente Acosta, del *Instituto de Medicina Legal de Granada*, estima que las cifras, en ausencia de un censo oficial sobre desaparecidos, rondarían entre 30.000 y 40.000 personas. El historiador Julián Casanova ofrece similares datos¹⁸, desprendiéndose que se trata de un colectivo muy importante que no ha obtenido respuesta satisfactoria por parte de los sucesivos gobiernos españoles.

En su informe del año 2003, el Defensor del Pueblo constató esta realidad y resaltó la necesidad de dar una respuesta institucional a la cuestión de los desaparecidos de la guerra civil en España: *“(...) aún son decenas de miles los cadáveres de personas que perdieron la vida en la guerra y que todavía permanecen en fosas comunes. A juicio de esta Institución resulta imprescindible que las instituciones públicas faciliten la identificación de las víctimas, mediante el acceso de familiares y herederos a los archivos históricos de la Guerra Civil para posteriormente, y tras los estudios pertinentes, adoptar las medidas de actuación de los órganos judiciales competentes para exhumar, identificar, practicar las pruebas forenses necesarias y entregar a las familias los restos de las víctimas para que puedan recibir digna sepultura (...)”*¹⁹.

¹⁶ Gil Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, 2009, Atelier, Barcelona, página 100.

¹⁷ Informe Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, 28 de julio de 2006, 28 de julio de 2006, página 22, disponible en <http://www.mpr.gob.es/NR/rdonlyres/3834DA97-8D86-4CD0-AE2E-7C8AA123725A/77935/InformeGeneral.pdf>.

¹⁸ Julián Casanova, Desaparecidos, *El País*, 10 de julio de 2008; véase también Natalia Junquera, El gobierno carece de un registro de los desaparecidos del franquismo, *El País*, 28 de junio de 2008.

¹⁹ Defensor del Pueblo, Informe Anual 2003, pág. 1354, disponible en http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/contenido_1262619743116.html;jsessionid=61EDB426A58C56D78D55414C2153D655

La preocupación por la suerte de los desaparecidos de la guerra civil y la dictadura franquista no ha pasado desapercibida a nivel europeo y el 17 de marzo de 2006, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la recomendación 1736 por la que instó al Comité de Ministros a condenar los crímenes del franquismo y urgió al gobierno de España a establecer una comisión que investigue las violaciones de derechos humanos cometidas por el régimen de Franco, permitir el acceso a investigadores e historiadores a los archivos civiles y militares que puedan contener información que sirva para establecer la verdad sobre la represión, establecer una exhibición permanente en la basílica del Valle de los Caídos, en la que se explique cómo fue construida, y urgió a las autoridades locales a erigir monumentos en tributo a las víctimas del régimen de Franco²⁰.

Esta situación comenzaría a cambiar en el año 2006, cuando el 14 de diciembre de 2006 distintas personas físicas y asociaciones de familiares de desaparecidos y fallecidos durante la guerra civil, que desconocían la situación, el lugar de enterramiento y las circunstancias del fallecimiento de sus familiares, presentaron una denuncia ante la Audiencia Nacional en la que solicitaban el reconocimiento de su derecho a saber, a descubrir la verdad sobre lo sucedido y la práctica de todas las medidas necesarias para localizarlos e identificarlos y, de ser posible, entregarles sus cuerpos para darles digna sepultura. Los hechos denunciados se habían producido entre el 17 de julio de 1936 y diciembre de 1951 y la lista de personas facilitada al juez Garzón y cuyo paradero se desconocía ascendía a 114.266. Entre esa fecha y el 6 de octubre de 2008, diversas asociaciones de recuperación de la memoria histórica e individuos particulares presentaron 22 denuncias por hechos similares. En su auto de 16 de octubre de 2008, el juez Garzón hizo lugar a la denuncia haciendo referencia al delito permanente de detención ilegal sin ofrecerse razón del paradero de las víctimas en el marco de crímenes contra la humanidad. Agregó que era necesario dar respuesta a la acción iniciada porque el delito continuaba y seguían existiendo víctimas y porque para hacer cesar la comisión del delito era pertinente buscar y localizar los cuerpos de los desaparecidos u ofrecer razón cierta de su paradero, iniciativa que debía llevar

²⁰ Council of Europe Parliamentary Assembly, Recommendation 1736 (2006), Need for international condemnation of the Franco regime.

adelante las instituciones nacionales. Luego de verificar la defunción de los 14 responsables mencionados en la denuncia decide la extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento y acuerda inhibirse a favor de los juzgados territoriales competentes para la exhumación de las fosas. Sin embargo, estos juzgados han archivado de manera sistemática las causas iniciadas en relación con casos de desaparición forzada de personas ocurridas entre 1936 y 1939 sin llevar adelante ningún tipo de diligencia, como afirma un reciente informe de Amnistía Internacional²¹ y cuyos resultados pueden constatarse en la tabla 6. Desde la inhibición de la Audiencia Nacional mediante los autos del 18 de noviembre y 2 de diciembre de 2008 a favor de los juzgados territoriales hasta 2012, Amnistía Internacional ha tenido acceso a información de 21 casos, que corresponden al 45% del total. En 17 de ellos se ha decidido el archivo sistemático de las actuaciones; en los cuatro restantes, la decisión quedó supeditada a una decisión sobre la competencia por parte del Tribunal Supremo²² que como veremos ha cerrado definitivamente la vía penal como medio para la determinación de las circunstancias de las desapariciones con la consiguiente afectación del derecho a la verdad de los familiares y de la sociedad en su conjunto.

La actuación de los juzgados territoriales y el archivo de los procesos sin la realización de diligencias mínimas no es compatible, sin embargo, con ciertos razonamientos expresados por el Tribunal Supremo en la sentencia que resolvió la cuestión de competencia planteada por los juzgados de Granada y El Escorial derivada a su vez de la inhibición a su favor que había hecho el juez Garzón en su auto de 18 de noviembre de 2008. El Supremo aclaró que las legítimas pretensiones de las víctimas de recuperar los restos mortales de sus familiares ejecutados extrajudicialmente y desaparecidos no podían canalizarse a través del proceso penal pero reconoció que esto no impedía que se pudiese instar al juez de instrucción competente para que practique *“las diligencias dirigidas a datar aquellas acciones criminales y, si fuera necesario, a la identificación de los afectados, para proceder luego, consecuentemente, en derecho”*. No queda claro qué entiende el Supremo por “datar” las acciones

²¹ Amnistía Internacional, Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el Franquismo en España, 9 de mayo de 2012

²² Amnistía Internacional, Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el Franquismo en España, 9 de mayo de 2012, página 7.

criminales para luego proceder en derecho pero si tenemos en cuenta que el Supremo afirmó también que los restos de las personas fallecidas de forma violenta no podían *“permanecer en el anonimato ni fuera de los lugares propios de enterramiento”*²³, es posible interpretar que los jueces de instrucción competentes podrían, eventualmente, realizar diligencias mínimas destinadas a la identificación de personas desaparecidas, incluidos análisis de ADN, la determinación de la fecha de su muerte así como si fue una muerte violenta²⁴. En este sentido el Supremo advirtió que no cabía *“imponer a sus familiares el gravamen representado por tal clase de situaciones, moral y jurídicamente insostenibles”*²⁵. Parece ser que el Supremo está aquí haciendo una referencia a la Ley de Memoria Histórica que en relación con las personas desaparecidas durante la guerra civil y la dictadura franquista reduce la acción del Estado a la de mero facilitador de las acciones de exhumación y a la concesión de subvenciones con ese objetivo, sin mencionar siquiera el papel del Estado en la identificación de los restos y su eventual entrega a los familiares.

El Supremo señaló además dos puntos interesantes: en primer lugar, que los derechos reconocidos a las víctimas de violaciones a los derechos humanos tenían como contrapartida el deber de los Estados de procurar de manera efectiva su satisfacción; en segundo lugar, que el ordenamiento vigente disponía de los recursos legales para canalizar la satisfacción de estas pretensiones. A modo de ejemplo, mencionó a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en particular los artículos 1811 (que reconoce la jurisdicción voluntaria en la que no se promueva cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas), 2002 y 2007 (que se refieren a las informaciones de perpetua memoria cuando se refieran a hechos de reconocida importancia). El Supremo también mencionó que la Ley 20/2011, de 22 de julio, de Registro Civil incluye una disposición adicional octava que dispone la inscripción de la defunción de las personas desaparecidas durante la guerra civil y la represión política posterior, siempre que pueda inferirse razonablemente su fallecimiento. Se trata de recursos

²³ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, Auto resolviendo cuestión de competencia, 28 de marzo de 2012, recurso número 20380/2009.

²⁴ Rights International Spain, Posición del Tribunal Supremo sobre la cuestión de competencia: consecuencias prácticas, Serie Análisis Jurídico GCyF, Nº 1, Mayo 2012, página 3.

²⁵ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, Auto resolviendo cuestión de competencia, 28 de marzo de 2012, recurso número 20380/2009.

necesarios pero insuficientes porque no implican una reparación integral para las víctimas y sus familiares aunque sí es cierto que la inscripción de una desaparición podría al menos significar un reconocimiento a las víctimas que podría dar lugar a una compensación económica o pensión por parte del Estado.

Esta luz de esperanza para obtener algún tipo de reparación por medio de la vía judicial, sea a través de un procedimiento penal o civil, que se traduzca, al menos, en la recuperación del cuerpo de un familiar o la obtención de información sobre su fallecimiento no ha encontrado, sin embargo, eco en los juzgados competentes. Desde la sentencia del Supremo, la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica ha presentado denuncias ante los juzgados territoriales competentes cuando luego de abrir una fosa ha encontrado restos humanos con signos de muerte violenta. Los jueces no se han acercado para identificarlos ni datarlos²⁶. Por ejemplo, en el caso de las Arenas de San Pedro el juez de instrucción señaló que no podía incoarse el proceso porque no existía objeto procesal y además porque los hechos delictivos mencionados (el fusilamiento de su padre el 21 de septiembre de 1936) estaban prescritos. El juez señaló que los hechos carecían de ilicitud penal y por lo tanto procedía el archivo inmediato de la causa²⁷. Otro caso similar es el auto del juzgado de primera instancia Nº 2 de San Lorenzo del Escorial en el que se resolvió el sobreseimiento libre de las actuaciones al considerar que los hechos denunciados no eran constitutivos de delitos. El juez argumentó que los hechos estaban prescritos, que no se podía vulnerar el principio de legalidad ni el de irretroactividad de las normas penales y que los delitos estaban amnistiados²⁸. Similares argumentaciones realizó el juzgado de instrucción Nº 13 de Málaga para determinar la extinción de la responsabilidad penal y el archivo de la causa en su auto de 6 de junio de 2012²⁹. En agosto de 2012, el juzgado de instrucción Nº 3 de Granada sobreseyó la causa sobre la base del principio de

²⁶ Junquera, Natalia, Cortés, Valme, Ningún juez quiere abrir la fosa de García Lorca... ni ninguna otra, *El País*, 19 de septiembre de 2012.

²⁷ Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2, Arenas de San Pedro, Diligencias Previas procedimiento abreviado 0000343/2012, 16 de abril de 2012, Denunciante: Fernando de León González, María Martín López.

²⁸ Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 1, San Lorenzo de El Escorial, Diligencias Previas procedimiento abreviado 427/2009, Denunciante: Audiencia Nacional, 8 de mayo de 2012.

²⁹ Juzgado de instrucción Nº 13 de Málaga, Diligencias Previas 42888/2009, 6 de junio de 2012.

legalidad, prescripción y la ley de amnistía. El juez señaló que la recuperación de los restos de las personas desaparecidas debía ser llevada a cabo por la Administración, con independencia de la causa judicial y que del artículo 11 de la Ley de Memoria Histórica se desprende que el levantamiento de fosas corresponde a la Administración Pública y no al Poder Judicial. Por último, recordó que el artículo 13 de esa Ley dispone que la intervención de la jurisdicción penal sólo se producirá una vez que ya se han encontrado los restos humanos³⁰.

Tabla 6 Casos judiciales en España desde la inhibición de Garzón a favor de los juzgados territoriales competentes

Lugar	Órgano	Tipo de actuación	Resultado	Argumento
Almazán	Juzgado de instrucción Nº 1	Diligencias Previas 263/2009	Sobreseimiento provisional y archivo	Prescripción, Ley de Amnistía, Ley de Memoria Histórica, incompetencia de la jurisdicción penal y fallecimiento culpables
	Audiencia Provincial	Recurso de apelación	Desestima	Confirma argumentos de primera instancia
Aranda de Duero	Juzgado de instrucción Nº 2	Diligencias Previas 304/2009	Sobreseimiento y archivo	Prescripción y aplicación de la Ley de Amnistía
	Audiencia Provincial	Recurso de apelación	Desestima	-
Arucas	Juzgado de Primera Instancia e Instrucción	Diligencias Previas 1511/2008	Sobreseimiento y archivo definitivo	Prescripción
Bilbao	Juzgado de Instrucción Nº 7	Diligencias Previas 1069/2009	Sobreseimiento y archivo	Prescripción
Ciudad Rodrigo	Juzgado de Instrucción Nº 2	Diligencias Previas 286/2009	Sobreseimiento provisional y archivo	Prescripción y mención a la Ley de Memoria Histórica
Córdoba	Juzgado de Instrucción Nº 7	Diligencias Previas 1980/2009	Sobreseimiento libre y archivo definitivo	Prescripción
	Tribunal Constitucional	Recurso de amparo	Inadmitió	-
Don Benito	Juzgado de Instrucción Nº 2	Diligencias Previas 463/2009	Sobreseimiento provisional y archivo	Ausencia de motivos suficientes para atribuir su perpetración a persona alguna determinada
Granada	Juzgado de instrucción Nº 3	Diligencias Previas 3209/2009	Rechaza inhibición del Juzgado No. 5 de la AN	Plantea cuestión de competencia al TS, resuelto por auto del 28.03.2012

³⁰ Juzgado de Instrucción Nº 3 de Granada, Diligencias Previas 7630/2012, 20 de agosto de 2012, Denunciante: Asociación para la Memoria Histórica.

Jerez de la Frontera	Juzgado de Instrucción Nº 5	Diligencias Previas 396/2011	Sobreseimiento y archivo	
Madrid	Juzgado de instrucción Nº 3	Diligencias Previas 1756/2009	Sobreseimiento y archivo	Prescripción
	Audiencia Provincial	Recurso de apelación	Desestima recurso	Principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal y prescripción
Manacor	Juzgado de instrucción Nº 3	Diligencias Previas 705/2009	Sobreseimiento	
	Audiencia Provincial	Recurso de apelación	Rechaza	
Porriño	Juzgado de Instrucción Nº 2	Diligencias Previas 383/2009	Sobreseimiento y archivo provisional	Prescripción, irretroactividad de la ley penal, ley de Memoria Histórica más idónea
	Audiencia Provincial	Recurso de apelación		Suspende hasta resolución de cuestión de competencia ante el TS (resuelta el 28.03.2012)
Palma del Condado	Juzgado de Instrucción Nº 2	Diligencias Previas 1446/2009	Sobreseimiento provisional y archivo	Fallecimiento de los responsables y extinción de la responsabilidad civil
Pontevedra	Juzgado de Instrucción Nº 2	Diligencias Previas 2028/2009	Sobreseimiento provisional y archivo	Fallecimiento de los responsables
	Audiencia Provincial	Recurso		Suspende hasta resolución de cuestión de competencia ante el TS (resuelta el 28.03.2012)
San Lorenzo del Escorial	Juzgado de Primera Instancia e Instrucción No. 2	Diligencias Previas 427/2009	Rechaza competencia	
Tui	Juzgado de Instrucción Nº 1	Diligencias Previas 728/2009	Sobreseimiento provisional y archivo	Fallecimiento de los responsables
Villarcayo	Juzgado de Instrucción Nº 2	Diligencias Previas 281/2009	Sobreseimiento libre y archivo	
	Audiencia Provincial	Recurso de apelación	Estima parcialmente el recurso y acuerda la práctica de diligencias tendentes a averiguar la causa del fallecimiento y su fecha, y lo remite de nuevo al juzgado	-
	Juzgado de Instrucción Nº 2	Diligencias Previas	Sobreseimiento libre y archivo	Prescripción, Ley de Amnistía e irretroactividad

		281/2009		de la ley penal
Valencia	Juzgado de Instrucción Nº 11	Diligencias Previas 2198/2009	Sobreseimiento libre	Prescripción
	Audiencia Provincial	Recurso de apelación	Desestima	Legalidad penal, Irretroactividad de la ley penal, prescripción. Ninguna de las normas del DI deroga el principio de legalidad ni el de irretroactividad de la ley penal
Villablino	Juzgado de Primera Instancia y Único	Diligencias Previas 380/2009	Sobreseimiento libre y provisional + archivo	Ley de amnistía, prescripción, fallecimiento de los responsables y Ley de memoria histórica
Benavente	Juzgado de Instrucción Nº 2	Diligencias Previas 541/2009	Archivo	Prescripción
Laviana	Juzgado de Instrucción Nº 2	Diligencias Previas 199/2009	Rechaza la inhibición del Juzgado Central de Instrucción Nº 5 + archivo	
Ponferrada	Juzgado de Instrucción Nº 4	Diligencias Previas 481/2009	Archivo	
San Lorenzo de El Escorial	Juzgado de Instrucción Nº 2	Diligencias Previas 1362/2012	Sobreseimiento libre y archivo	Ley de amnistía, prescripción, fallecimiento de los responsables y Ley de memoria histórica
Las Palmas de Gran Canaria	Sección Sexta de la Audiencia Provincial	Resolución 000070/2013	Desestima recurso de apelación	Inadecuación del proceso penal, ley de amnistía y prescripción

Fuente: Elaboración propia con datos Amnistía Internacional, Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el Franquismo en España, 9 de mayo de 2012.

Las investigaciones en relación con la sustracción de niños

Como hemos desarrollado en el capítulo II de esta tesis, además de las ejecuciones extrajudiciales y desapariciones de oponentes políticos, la guerra civil y la posterior dictadura franquista cometió crímenes contra un grupo especialmente vulnerable porque sustrajo a hijos de madres republicanas en cautiverio, los envió a instituciones del Estado en donde seguirían una educación basada en los verdaderos valores españoles y encargó al Servicio Exterior de la Falange la repatriación de

aquellos niños que habían sido enviados al extranjero ante la guerra civil para darlos en tutela a las instituciones del Estado³¹.

A diferencia de lo que sucedió con las desapariciones de niños nacidos en cautiverio durante la última dictadura militar en Argentina, que se llevaron adelante clandestinamente y sin consideración de la ley, en el caso español se trató de una política que se canalizó generalmente a través del Auxilio Social y que fue reconocida a través de la Orden de 30 de marzo de 1940 dictando normas sobre la permanencia en las Prisiones de los hijos de las reclusas, del Decreto de 23 de noviembre de 1940 sobre protección del Estado a los huérfanos de la Revolución Nacional y de la Guerra y de la Ley de 4 de diciembre de 1941 por la que se regulan las inscripciones en el Registro Civil de los niños repatriados y abandonados, desarrollados en el capítulo II de esta tesis. Se trata de una *“realidad desconocida y olvidada, difícil de digerir por una sociedad civilizada, cuyas consecuencias continúan”*³².

El primer intento oficial de determinación de la situación de esos menores se dio con el auto de 18 de noviembre de 2008 del juez Garzón en el que afirmó que el régimen de Franco había instaurado un sistema arbitrario de asignación de identidades e inscripción de niños hijos de desaparecidos, presos o muertos y que además, para evitar futuras reagrupaciones familiares, se habían dado casos de alteración de datos de nacimiento para impedir que los padres que recuperasen su libertad pudiesen ubicar a sus descendientes³³. Garzón sostuvo que el régimen franquista había establecido también un procedimiento para la recuperación y retorno de los niños que habían sido enviados al extranjero por sus padres republicanos. De acuerdo con el auto de Garzón, las repatriaciones habrían comenzado en 1937 y las operaciones estaban dirigidas por el Servicio Exterior de Falange, aunque dichas actividades se encontraron

³¹ “Need for international condemnation of the Franco regime”, 4 November 2005, Political Affairs Committee, Rapporteur: Mr. Brincat, Malta, Socialist Group, paras. 72 a 74.

³² Voto particular José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García, Ramón Sáez Válcárcel, Audiencia Nacional, Pleno Sala de lo Penal, Rollo de Sala 34/2008, Procedimiento ordinario Nº 53/08 del Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Cuestión de competencia artículo 23 LECR, 2 de diciembre de 2008, página 9.

³³ Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Audiencia Nacional, Madrid, Sumario (Proc. Ordinario) 53/2008 E, 18 de noviembre de 2008, Razonamiento jurídico Décimo, disponible en Garzón contra el Franquismo. Los autos íntegros del juez sobre los crímenes de la dictadura, págs. 159 y 160.

con oposición de los países en donde residían los niños al no disponer, en muchas de las oportunidades, de la autorización o consentimiento de las familias de los niños³⁴. Garzón sostuvo que de la documentación aportada por las asociaciones podría desprenderse que durante 1937 y 1950 existió un sistema de “desaparición” de menores de madres republicanas, todo esto bajo una “aparente legalidad” y cuyos efectos seguirían produciéndose en la actualidad ante la inacción de las instituciones del Estado. Frente a esta situación, consideró que las instituciones del Estado debían adoptar todas las medidas para que se investiguen los hechos, se reparen a las víctimas y en los casos pertinentes se pueda obtener la recuperación de la identidad de esas personas. En su opinión, no hacerlo implicaría una contribución a la perpetración del delito, no pudiendo la Ley de Memoria Histórica ocupar el lugar de los tribunales³⁵.

Los niños separados de sus madres detenidas y cuyas identidades fueron modificadas por el régimen franquista fueron víctimas de violaciones de sus derechos más elementales, como son el derecho a ser educado por su familia y con sus valores, el derecho a la identidad, a ser registrado con un nombre libremente elegido por sus padres, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. El artículo 8 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Y que cuando un niño hay sido privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deben prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. En España, al día de la fecha, no ha habido investigaciones o iniciativas oficiales tendientes a arrojar luz sobre el tema aunque la Fiscalía del Estado ha afirmado que España estaba investigando la situación de los menores desaparecidos en el período 1936-1977. En su respuesta al exhorto de la justicia argentina en relación con una querella presentada en ese país en aplicación del principio de jurisdicción universal, la Fiscalía reconoció el carácter permanente del

³⁴ Juzgado Central de instrucción Nº 5, Audiencia Nacional, Madrid, Sumario (Proc. Ordinario) 53/2008 E, 18 de noviembre de 2008, Razonamiento jurídico Undécimo, disponible en Garzón contra el Franquismo. Los autos íntegros del juez sobre los crímenes de la dictadura, pág. 165.

³⁵ Juzgado Central de instrucción Nº 5, Audiencia Nacional, Madrid, Sumario (Proc. Ordinario) 53/2008 E, 18 de noviembre de 2008, Razonamiento jurídico Duodécimo, disponible en Garzón contra el Franquismo. Los autos íntegros del juez sobre los crímenes de la dictadura, págs. 170 y 171.

delito e informó que España estaba investigando *“un importante número de supuestos de sustracciones o entregas ilegales de menores a personas distintas de sus padres, que incluyen hechos producidos en el período temporal y en las circunstancias que se mencionan en la Comisión Rogatoria. En los supuestos en los que se acredita la sustracción no consentida del menor el hecho es calificado como detención ilegal y se considera un delito permanente cuya ejecución no concluye hasta que se produce o se hace posible el reintegro de la persona sustraída a dicho entorno familiar”*. Al momento de escribir esta tesis, España no ha adoptado medidas destinadas a ese fin, como por ejemplo, el establecimiento de un banco de ADN o el inicio de algún tipo de investigación oficial, contribuyendo así a la permanencia del delito por omisión de sus funciones.

La ley de amnistía no puede esgrimirse como obstáculo para una eventual investigación y reparación (en la medida de lo posible) porque la desaparición, sustracción y ocultación de la filiación de menores no pueden ser considerados como delitos de intencionalidad política y por lo tanto no deberían considerarse comprendidas en la ley³⁶. A diferencia del caso español, la Ley de Punto Final aprobada por el Congreso argentino el 23 de diciembre de 1986, que disponía la extinción de la acción penal para los delitos vinculados con las formas violentas de acción política, excluía sin embargo su aplicación a los casos de sustitución de estado civil y de sustracción y ocultación de menores³⁷.

La Ley sobre los niños de la guerra, aprobada por el Congreso de los Diputados en el año 2005, ha reconocido la existencia de un colectivo de ciudadanos de origen español desplazados al extranjero durante su minoría de edad como consecuencia de la guerra civil entre julio de 1936 y diciembre de 1939³⁸ es un paso necesario pero

³⁶ Gil Gil, Alicia, La sustracción y alteración de la filiación de menores durante la guerra civil y el franquismo: aspectos penales, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, lustel, Nº 1, Enero de 2009, página 63.

³⁷ Artículo 5 de la Ley 23.492. Dispónese la extinción de acciones penales por presunta participación, en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la Ley Nº 23.049 y por aquellos vinculado a la instauración de formas violentas de acción política. Excepciones, 23 de diciembre de 1986, disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21864/norma.htm>.

³⁸ Ley 3/2005, de 18 de marzo, por la que se reconoce una prestación económica a los ciudadanos de origen español desplazados al extranjero, durante su minoría de edad, como consecuencia de la Guerra

insuficiente. El bien fundado de esta ley no puede soslayarse pero se aplicaría parcialmente al caso que estamos analizando aquí porque sólo concede ese derecho a los exiliados, dejando un vacío legal para aquellos que fueron repatriados y enviados al Auxilio Social u otra institución del Estado o dados en adopción y que vieron modificadas sus identidades biológicas. Es insuficiente también porque sólo reconoce el derecho a una prestación económica que no es más que una parte del derecho a la reparación en estos casos, porque uno de los aspectos esenciales es la recuperación de la verdadera identidad de esas personas.

Por último, la Audiencia Provincial de Huelva ha dictado recientemente un auto en un caso de un bebé robado en el año 1968 cuando su madre dio a luz en hospital. La Audiencia ha afirmado que los hechos podrían ser calificados como un delito contra el estado civil sumado al de falsedad documental. Pero descartó que existiese una detención ilegal en los supuestos de sospecha de entrega de un niño nacido a terceros para alterar la filiación y por lo tanto resolvió que los delitos estaban prescritos³⁹, cerrando posibles investigaciones futuras.

Civil, y que desarrollaron la mayor parte de su vida fuera del territorio nacional, disponible en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l3-2005.html.

³⁹ Vallellano, Lucía, La Audiencia de Huelva cierra la vía penal a los casos de bebés robados, *El País*, 19 de noviembre de 2012, disponible en http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/11/19/andalucia/1353337692_289715.html

IV. III. La insuficiencia de la Ley de Memoria Histórica

La Ley de Memoria Histórica, aprobada por el Congreso de los Diputados en el año 2006, fue recibida positivamente porque pretende reconocer y mejorar derechos a las víctimas de la guerra civil y la dictadura franquista. En el ámbito específico de las desapariciones forzadas, la ley reconoce el derecho de los familiares y allegados a localizar, identificar y, de ser posible, recuperar los restos de sus seres queridos. Para ello, el Estado articularía los procedimientos que facilitasen dichas actividades⁴⁰. Es un paso importante, aunque insuficiente. Es importante porque reconoce por primera vez en su artículo 11 la existencia de personas desaparecidas violentamente durante la guerra civil y la posterior dictadura y cuyo paradero sigue desconocido. Pero es insuficiente porque dispone, sorprendentemente, que el Estado sólo *facilitará* a los descendientes directos de las víctimas que lo soliciten las actividades de indagación, localización e identificación de las personas desaparecidas durante la guerra civil y el franquismo. Una interpretación literal de este artículo permite afirmar, como sostiene Chinchón Álvarez, que se limita la acción estatal a un rol de coadyuvante dependiente exclusivamente del impulso por parte de los particulares, como si se tratase de relaciones entre particulares⁴¹. De los debates parlamentarios se desprende que este artículo de la ley fue el que mayores críticas recibió al no ajustarse a los estándares internacionales y porque reduce los legitimados activos a los descendientes directos que así lo soliciten y a las entidades constituidas antes de 1 de junio de 2004 que incluyan el desarrollo de tales actividades entre sus fines. Pero lo más preocupante es que en virtud del artículo 11, el Estado sólo asume un papel de actor secundario, al tener solamente la obligación de facilitar los procesos de indagación, exhumación de fosas e identificación de las personas, transfiriendo el peso de la tarea a los particulares, incluido el costo de los análisis de ADN, quienes por regla general carecen

⁴⁰ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, 14 de diciembre de 2006, Número 22, p. 11258.

⁴¹ Chinchón Álvarez, Javier, La obligación internacional del Estado de investigar las violaciones a los Derechos Humanos ocurridas en el pasado, pp. 26-50, en Ripol Carulla, Santiago (Dir) y Villán Durán, Carlos (Dir), *Justicia de transición: el caso de España*, Resultats de Recerca 2/2012, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2012, pp. 244

de la tecnología y experiencia para realizar estos análisis, con la consecuente imposibilidad material de identificar fehacientemente los restos de sus familiares⁴².

La decisión del legislador nacional sorprende, fundamentalmente cuando comparamos esta obligación del Estado con los desarrollos internacionales en la jurisprudencia y los instrumentos internacionales en materia de desaparición forzada de personas. El artículo 11 supone una privatización de las iniciativas de búsqueda y localización, a diferencia, por ejemplo, de lo establecido en el artículo 12(2) de la Convención Internacional de 2006 que dispone que cuando haya indicios de producción de una desaparición forzada, el Estado tiene la obligación de iniciar investigaciones aún en ausencia de denuncia formal. Como ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no se puede dejar el peso de la averiguación de las circunstancias de una desaparición a los familiares porque podría ser considerado como un incumplimiento flagrante y continuado de la obligación de informar sobre la suerte de la persona desaparecida⁴³.

Los obstáculos no terminan aquí sino que vuelven a aparecer a medida que se avanza en el articulado de la Ley de Memoria Histórica. En su artículo 13(3), la ley dispone que las exhumaciones estarán supeditadas a autorización de la autoridad administrativa competente, por lo que podría darse el caso de que alguna autoridad se opusiera a la localización y exhumación de los restos (o de modo más general, a la realización de diligencias) o como ha ocurrido recientemente, que el propietario de un terreno en el que se encuentren fosas comunes exija dinero para llevar a cabo la autorización de la exhumación⁴⁴, situación de hecho contemplada en el artículo 14(3) de la ley en cuya situación los legitimados activos (descendientes directos y entidades con ese fin) deberán cargar también con el coste de la indemnización por ocupación temporal del terreno del propietario o en su defecto no podrá realizarse la exhumación.

⁴² Urdillo, Ursula, Impunity for enforced disappearances in contemporary Spain. The Spanish Search for Truth, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 6, 2011-2012, página 54.

⁴³ European Court of Human Rights, Janowiec vs Russia, (Applications nos. 55508/07 and 29520/09), Judgment, 16 April 2012, para. 151.

⁴⁴ Junquera, Natalia, Puede exhumar a los fusilados, pero le costará 1.600 euros, *El País*, 16 de agosto de 2012.

A modo de conclusión, la Ley de Memoria Histórica no ha reflejado las exigencias internacionales en materia de localización y exhumación ni tampoco aquellas que imponen al Estado la obligación de llevar adelante una investigación efectiva e independiente de las desapariciones forzadas de personas⁴⁵. Como sostiene Gil y Gil, la ley renuncia a una investigación oficial y mantiene la regla de la impunidad y de la no investigación⁴⁶ y no debería descartarse que estas limitaciones hayan sido las que pueden haber conducido a las diversas asociaciones de recuperación de la memoria a buscar una salida a sus demandas a través del sistema judicial⁴⁷. El propio Tribunal Supremo ha reconocido las limitaciones de la legislación vigente (incluida expresamente la Ley de Memoria Histórica), para llevar adelante actuaciones de localización y recuperación de los cadáveres de los desaparecidos para su homenaje⁴⁸ y en la práctica, la Ley de Memoria Histórica ha reducido la obligación del Estado a la simple concesión de subvenciones a los familiares y asociaciones de recuperación de la memoria histórica, como veremos a continuación.

La financiación a actividades relacionadas con la memoria histórica

Si analizamos las diferentes partidas destinadas a estas actividades en los últimos 5 años, vemos que ha habido un aumento progresivo y que se extiende a varias áreas del conocimiento, como puede ser el otorgamiento de subvenciones a actividades de exhumación de fosas comunes, actividades de difusión como la preparación de congresos y/o jornadas, realización de actos y homenajes, la erección de monumentos y de espacios conmemorativos, etc. Las actividades de identificación y

⁴⁵ Zapico Barbeito, Mónica, Investigating the Crimes of the Franco Regime: Legal Possibilities, Obligations of the Spanish State and Duties Towards the Victims, *International Criminal Law Review*, 10, 2010, pp. 243-274, página 266.

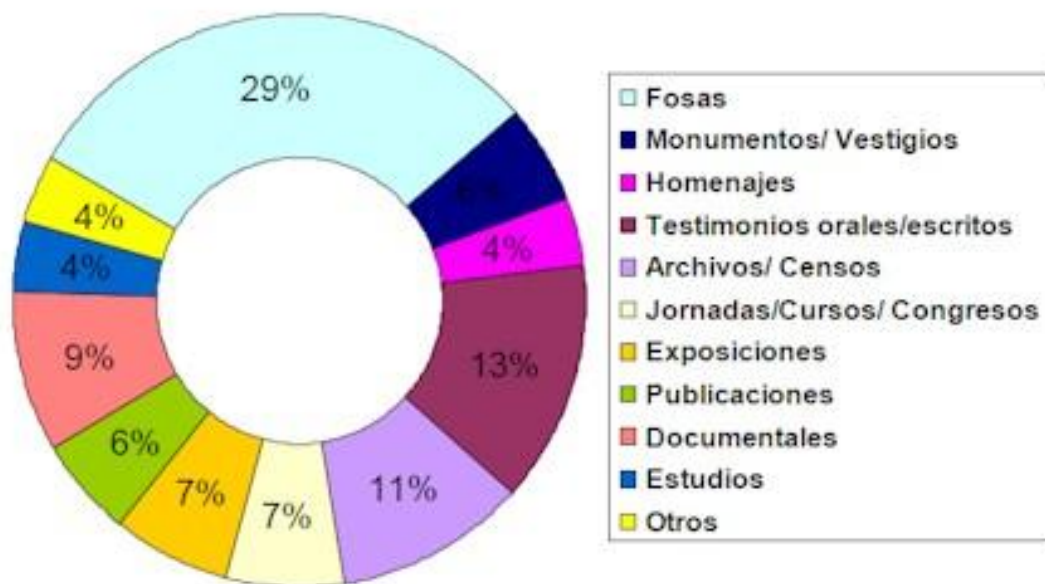
⁴⁶ Gil Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, 2009, Atelier, Barcelona, página 76.

⁴⁷ Ferrándiz, Francisco, De las fosas comunes a los derechos humanos. El descubrimiento de las desapariciones forzadas en la España contemporánea, *Revista de Antropología Social*, Número 19, 2010, pp. 161-189, página 163.

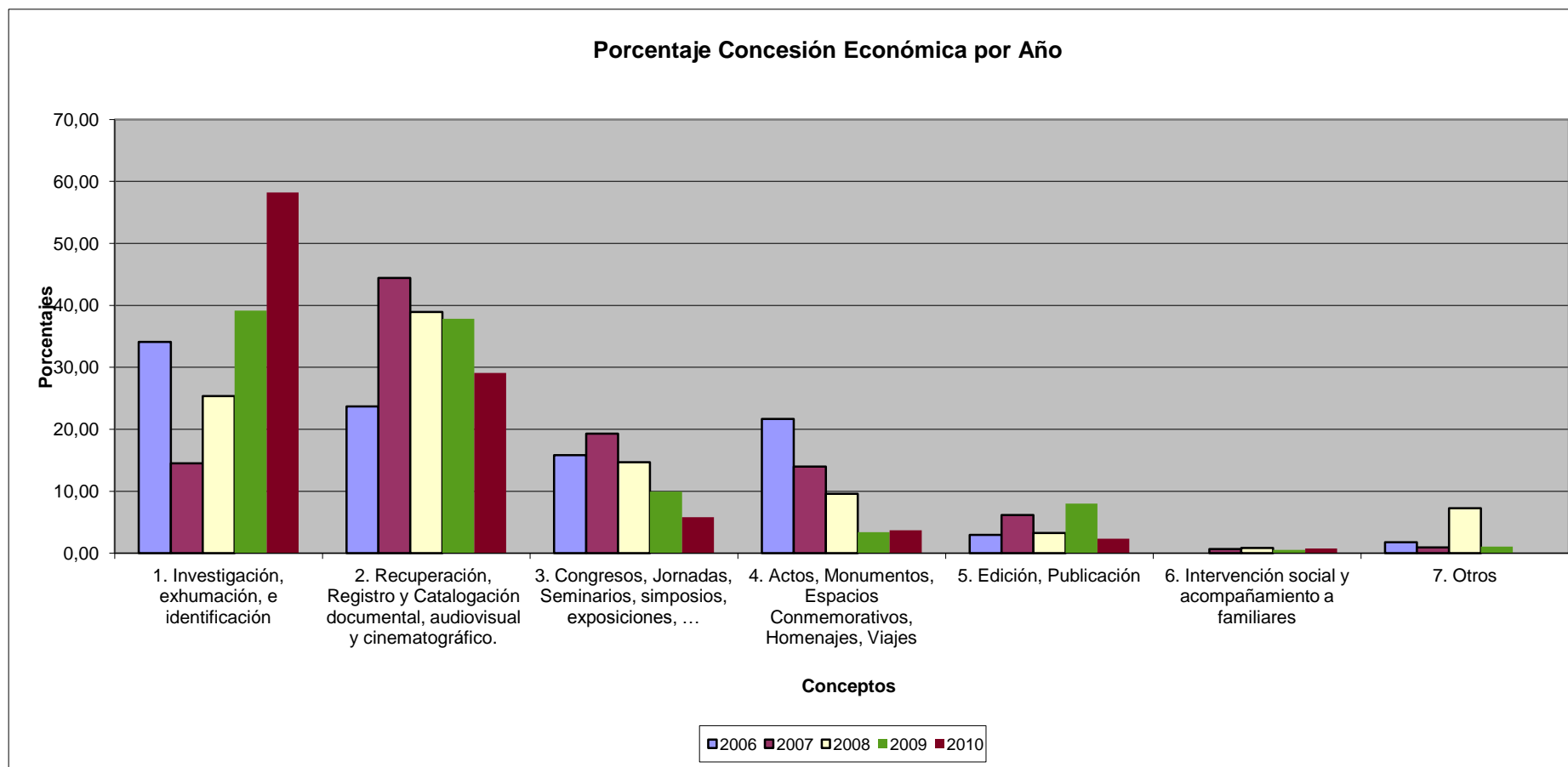
⁴⁸ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27/02/2012, página 26.

exhumación de fosas es el rubro más subvencionado, con un porcentaje medio durante los años 2006-2010 de 29%. Durante este período, 642 proyectos han sido subvencionados con un monto total de cerca de 20 millones de euros. En el siguiente gráfico, preparado por el Ministerio de la Presidencia se muestran los porcentajes de subvenciones dependiendo de la actividad en cuestión.

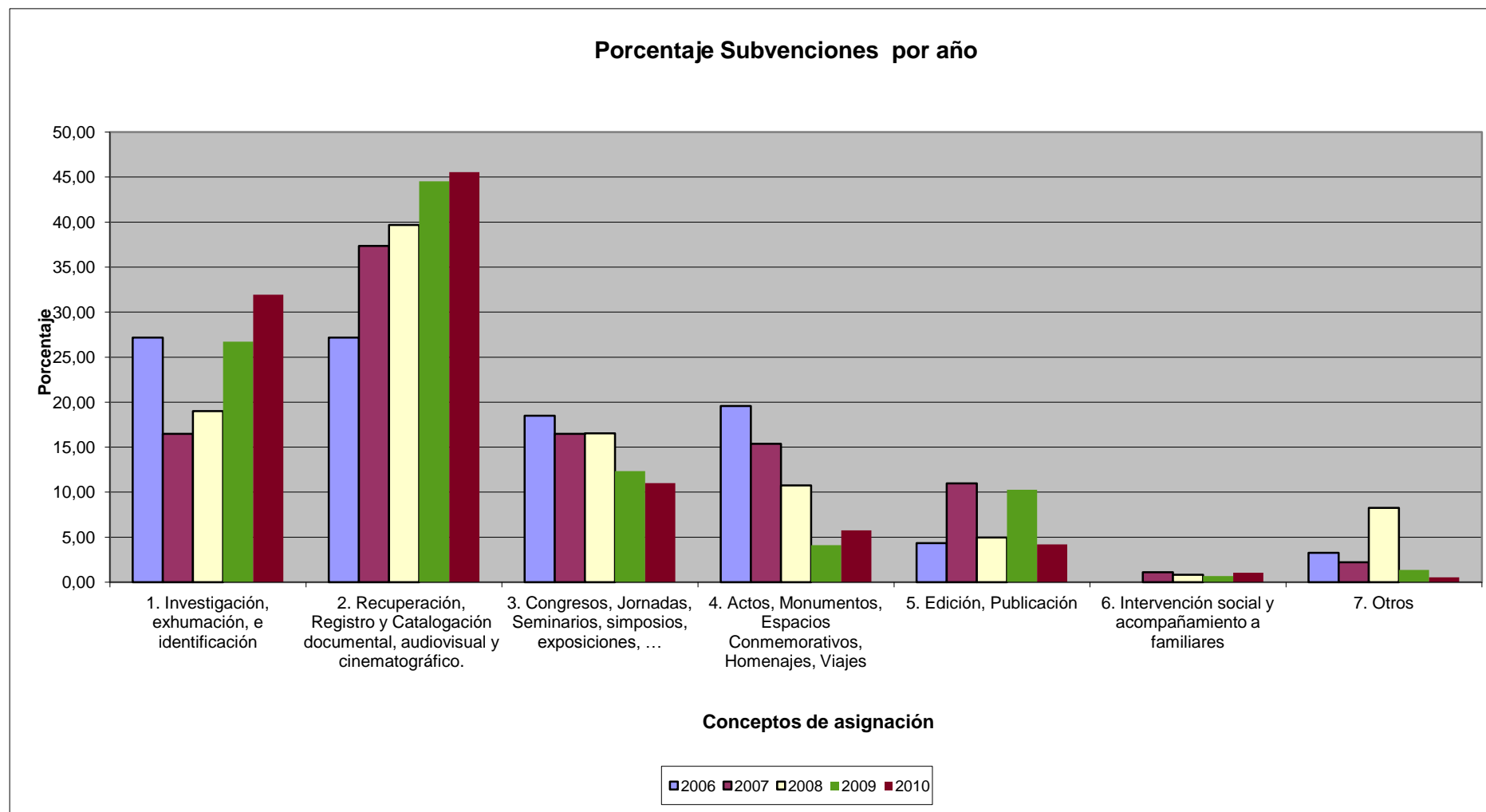
% Cuantías concedidas por áreas 2006-2010



Fuente: Ministerio de la Presidencia del Gobierno de España, disponible en <http://www.memoriahistorica.gob.es/Subvenciones/enlaces/ProyectosYentidadesSubvencionadas.htm>



Fuente: Carlos Closa Montero, en el marco del proyecto de investigación *How the memory of crimes committed by totalitarian regimes in Europe is dealt with in the Member States*, JLS/2008/C4/006



Fuente: Carlos Closa Montero, en el marco del proyecto de investigación *How the memory of crimes committed by totalitarian regimes in Europe is dealt with in the Member States*, JLS/2008/C4/006

Desde es el punto de vista de la financiación a las actividades relacionadas con la memoria histórica, difícilmente pueda afirmarse que el gobierno español no ha hecho esfuerzos suficientes. Sin embargo, y de acuerdo con el derecho internacional, el Estado debe adoptar una política activa en materia de reparación, que no sólo incluya una compensación económica o una subvención, sino el desarrollo de una política pública de la memoria en la que se sepa lo sucedido de manera completa. Teniendo esto en consideración, resulta llamativo que en marzo del año 2012 el gobierno español haya suprimido la Oficina de Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura, que había sido creada en aplicación de la Ley de Memoria Histórica¹ y que era la encargada de coordinar las actividades de exhumaciones de los cuerpos de las personas desaparecidas durante aquella época. Esta situación ha empeorado con la profunda crisis económica que atraviesa España y ha conducido a que en el año 2012 la partida de los Presupuestos del Estado destinada a estas actividades fuese reducida a 2,5 millones de euros y que en el proyecto de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 hubiese sido eliminada de plano.

¹ El Gobierno suprime la Oficina de Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura, *El Mundo*, 2 de marzo de 2012.

IV.IV. Se cierran las vías penales: el proceso por prevaricación contra Garzón

Como hemos dicho, la insuficiencia de la Ley de Memoria Histórica, junto con la ausencia de investigación oficial sobre la suerte de las personas desaparecidas durante la guerra civil contribuyó a que las diversas asociaciones de recuperación de la memoria a intentaran buscar una salida a sus demandas a través del sistema judicial², que recayó en el juzgado de instrucción número 5 de la Audiencia Nacional. Uno de los efectos colaterales de las actuaciones iniciadas por del juez Garzón en respuesta a estas denuncias fue la querella presentada por el Sindicato de Funcionarios Públicos Manos Limpias contra el juez Garzón por prevaricación judicial al pretender crear una causa general contra el franquismo. Para un mejor entendimiento de la querella es necesario realizar aquí un resumen de los antecedentes y evolución del caso.

El 29 de enero de 2008, el Ministerio Fiscal afirmó que Garzón no era competente porque los hechos objeto de la denuncia habían prescrito y que los delitos estaban cubiertos por la ley de Amnistía de 1977. Sin embargo, el 16 de octubre de 2008 Garzón asumió inicialmente la competencia para analizar un delito permanente de detención ilegal sin ofrecerse información sobre el paradero de las víctimas en el marco de crímenes contra la humanidad, que se habría cometido entre 1936 y 1952. Luego de haber certificado las defunciones de los responsables de los delitos, Garzón decidió la extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento y se inhibió a favor de los juzgados territoriales competentes para la exhumación de las fosas. El auto fue recurrido por el Ministerio Fiscal el 20 de octubre de 2008 al considerar que los argumentos no se ajustaban a derecho. El Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Javier-Alberto Zaragoza Aguado, señaló que los delitos estaban prescritos y amnistiados y además que la ley penal no podía aplicarse retroactivamente. Agregó que la recuperación de la memoria y la dignidad de las víctimas así como el derecho a la verdad no podían ser sustanciados por el proceso penal porque la finalidad de este proceso es esclarecer los hechos penalmente perseguibles y la determinación de la

² Ferrándiz, Francisco, De las fosas comunes a los derechos humanos. El descubrimiento de las desapariciones forzadas en la España contemporánea, *Revista de Antropología Social*, Número 19, 2010, pp. 161-189, página 163.

responsabilidad de sus autores. En su opinión, *“la reparación moral que se pretende en todos estos casos mediante el reconocimiento de la injusticia sufrida, así como la identificación y entrega de los restos a sus familiares, se enmarca en las exigencias de lo que se denomina justicia transicional o reparadora, cuya consecución no legitima en absoluto la intervención del Juez penal (...)”*. Por lo tanto, continuó, era la Ley de Memoria Histórica el mecanismo excepcional adecuado para canalizar las justas reivindicaciones de las víctimas³, que como hemos visto no ha ofrecido una alternativa satisfactoria ni acorde con el derecho internacional en materia de desaparición forzada de personas.

El 2 de diciembre de 2008, la sala penal de la Audiencia Nacional resolvió que Garzón no era competente pero aclaró en el razonamiento jurídico 0 que dicha resolución **no afectaba el derecho legítimo de las víctimas de la guerra civil a recuperar los restos de sus seres queridos y así honrar su memoria, reconocidos en la legislación vigente y entre ellas la Ley de Memoria Histórica**. La incompetencia se justificaba en que la Audiencia Nacional nunca había sido competente para analizar el delito de rebelión (en relación con el golpe de estado de 1936) (razonamiento 4) y en que la responsabilidad criminal de los presuntos perpetradores era inexigible al haber fallecido (razonamiento 5). La Audiencia Nacional acordó dejar sin efecto todos los actos y resoluciones posteriores, incluido el auto del 18 de noviembre de 2008.

El 27 de mayo de 2009, el Tribunal Supremo admitió a trámite la querella presentada por el Sindicato Manos Limpias. El 27 de febrero de 2012, la sala de lo penal del Tribunal Supremo resolvió la querella y absolvió a Garzón al considerar que no había prevaricado pero sí errado en la interpretación del derecho. La sentencia del Supremo merece especial atención por dos razones: en primer lugar, porque en ella el Tribunal ha analizado una serie de cuestiones que el derecho internacional de los derechos humanos ha venido desarrollando y que son clave en materia desaparición de personas y que, lamentablemente, están teniendo ya consecuencias negativas para

³ *“Con las disposiciones previstas por esta ley, van a poder iniciar, proseguir y terminar todo el trabajo de localización, identificación, exhumación y entrega de los restos mortales de asesinados y ajusticiados en ese período negro de nuestra reciente historia, y en esa tarea contarán siempre con la incondicional colaboración del Ministerio Fiscal”*. Javier-Alberto Zaragoza Aguado Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Recurso de apelación (sumario 53/08), 20 de octubre de 2008.

los familiares de las personas desaparecidas en España durante la guerra civil al verse obstaculizado de manera sistemática su derecho a un recurso efectivo; en segundo lugar, porque la sentencia no toma en consideración seriamente al derecho internacional, lo subordina al derecho nacional y cuando hace menciones a él, como por ejemplo a la jurisprudencia internacional, lo hace de manera selectiva y sin tener en cuenta la necesidad de interpretarlo de manera evolutiva. No puede utilizarse como justificación el desconocimiento o la imposibilidad de acceso a la jurisprudencia internacional porque el desarrollo en las tecnologías de la información durante los últimos 10 años ha puesto al juez nacional en una situación de privilegio al poder disponer, a tan sólo un “clic”, del acceso a decisiones judiciales de órganos internacionales o de tribunales nacionales⁴. Por último, la sentencia ha cerrado las puertas a posibles investigaciones que tuvieran similar objeto, como se desprende de las actitudes posteriores de los juzgados territoriales competentes que han sistemáticamente archivado los procesos iniciados sobre exhumación de fosas sin llevar adelante ninguna o limitadas diligencias preliminares.

A continuación resumiré los argumentos principales esgrimidos por el Supremo: en primer lugar, la calificación de los hechos como homicidios y no como crímenes contra la humanidad; segundo, la consideración de la permanencia de la desaparición forzada de personas como una “ficción contraria a la lógica jurídica”; por último, la ley de amnistía.

a. Sobre la calificación de los hechos

Garzón había calificado a los hechos como un delito permanente de detención ilegal en el marco de crímenes contra la humanidad y con ello pretendía salvar los obstáculos que representaban la irretroactividad de la ley penal, la prescripción de la acción y la ley de amnistía. El Supremo reconoció que las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la guerra civil, en las que muchas personas habían sido

⁴ Sobre las dificultades del juez nacional para acceder a la jurisprudencia internacional en la década de los 70 véase Scheurer, Christoph, The authority of international judicial practice in domestic courts, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 23, 1975, pp. 681-708, páginas 692 y 693.

fusiladas sin juicio y sus cuerpos ocultados eran, de acuerdo con las normas actualmente vigentes, delitos contra la humanidad⁵ pero que el principio de legalidad y el de irretroactividad de ley penal internos prohibían sin excepciones la aplicación retroactiva de la ley penal a hechos anteriores a su vigencia y que además no era posible completar el tipo penal con las disposiciones del derecho internacional consuetudinario⁶. Es decir, el Supremo afirmó que al momento de producirse, los hechos no habían sido tipificados como delitos en el derecho interno ni reconocidos internacionalmente como crímenes contra la humanidad, que sólo vendría muy posteriormente. En apoyo de sus argumentaciones, el Supremo recordó que el Comité de Derechos Humanos, en su dictamen 275/1988 sobre casos de desapariciones en Argentina, ya había afirmado que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no podía aplicarse retroactivamente y por lo tanto el Comité no podía *ratione temporis* examinar presuntas violaciones que habían tenido lugar antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado⁷, aún en casos sobre desaparición forzada de personas. No le falta razón al Supremo al recordar el dictamen del Comité; sin embargo, baste por el momento con decir que esta afirmación debe ser matizada a la luz de otros dictámenes del Comité. Baste con señalar por ahora que en los casos *Sarma vs Sri Lanka* (16 de julio de 2003) y *Sankara vs Burkina Faso* (28 de marzo de 2006) el Comité habilitó su competencia aún cuando la violación originaria se había producido antes de la entrada en vigor del Pacto y del Protocolo para el Estado. En estos casos, el Comité entendió que si las actitudes **posteriores** a la fecha de ratificación del Pacto perpetuaban el hecho inicial, el Comité estaba habilitado para analizar éstas y no la violación anterior originaria. Estos dictámenes serán analizados en el siguiente

⁵ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27/02/2012, página 24.

⁶ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27/02/2012, página 13. Sin embargo, es pertinente recordar que en las Observaciones finales del año 2009, el Comité contra la Tortura señaló que: “(...) *el Comité quiere reiterar que, en consideración al arraigado reconocimiento del carácter de jus cogens de la prohibición de la tortura, el enjuiciamiento de actos de tortura no se debe limitar por el principio de legalidad, ni por el efecto de la prescripción.*”

⁷ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27/02/2012, página 15.

capítulo.

b. Sobre la permanencia de la desaparición

Garzón afirmaba en su auto que, como consecuencia de la naturaleza permanente del delito, no había transcurrido el plazo de prescripción y que, en todo caso, estábamos en presencia de delitos no prescriptibles de acuerdo con el derecho internacional. El Supremo, por su parte, constató que los hechos denunciados habrían ocurrido entre 54 y 70 años antes y que este tiempo superaba ampliamente el límite de prescripción de la acción penal reconocido en el sistema español. Agregó que el delito de detención ilegal sin dar razón del paradero no estaba previsto en el Código Penal español vigente al momento de la producción de los hechos y que la argumentación de la permanencia del delito era una *“ficción contraria a la lógica jurídica”* porque no era razonable pensar que la persona detenida ilegalmente en 1936 y cuyos restos no habían sido hallados hubiese continuado detenida más allá del período de prescripción de 20 años⁸. En la misma dirección, el Supremo afirmó que aún si se tomara como inicio del período de prescripción el momento en que los familiares pudieron hacer efectivo sus derechos de reparación eficaz, ese período ya habría también superado el plazo de prescripción establecido en el artículo 132 del Código Penal⁹. Por último, el Supremo señaló que la exigencia de imprescriptibilidad de

⁸ Similar argumento había expresado el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional, Javier-Alberto Zaragoza Aguado, en su recurso del 20 de octubre de 2008 ante el Tribunal Supremo: *“Al respecto, hay que señalar desde este instante que lo trascendente a estos efectos no es un hecho material- que aparezca o no un cuerpo- sino un hecho jurídico- que durante todo el tiempo se haya prolongado una situación de detención ilegal. Esto es, con independencia de que no puede dejar de reputarse una ficción el entender que durante casi setenta años (entre 1939 y 2008) o, en el mejor de los casos sesenta (entre 1951 y 2008), ha existido una situación de detención ilegal, que exige siempre, dado el bien jurídico que se protege -consistente en el libre ejercicio de la voluntad humana, en su forma más primaria, la libertad de movimientos- que la persona esté viva y privada del libertad durante todo ese tiempo, lo que no es posible en este caso por ser pública y notoria su muerte, tampoco puede entenderse como una consecuencia del carácter permanente del delito de detención ilegal que, en los casos del art.166 CP, el día a quo empieza a contar desde que haya aparecido un cadáver que se corresponda con el inicialmente detenido o, por el contrario, que si tal resto no aparece, el delito no prescriba nunca”*.

⁹ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27/02/2012, páginas 16 y 17.

los crímenes contra la humanidad reconocida en los tratados internacionales y por España en su legislación interna, no podía aplicarse retroactivamente¹⁰.

Sobre este particular nos extenderemos en el apartado siguiente pero es necesario aclarar desde ahora que resulta difícil de entender que el Supremo afirmase que la permanencia de la desaparición sea una ficción contraria a la lógica jurídica cuando existe un consenso internacional en afirmar que la desaparición es un acto único y consolidado que continúa hasta que se sepa la suerte, el paradero y las circunstancias de la desaparición. En el caso *Varnava*, por ejemplo, la Gran Sala del Tribunal Supremo afirmó que la desaparición de personas es un fenómeno que se caracteriza por una *situación continuada de incertidumbre e irresponsabilidad* en la que existe una falta de información o incluso una intención deliberada de ocultar lo que ha ocurrido. Es una situación que continúa en el tiempo prolongando el sufrimiento de los familiares del desaparecido. El otro elemento característico es la falta de información sobre la suerte y el paradero, lo que da lugar a la situación continuada¹¹. Por último, resulta pertinente recordar que el Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional en su recurso de 20 de octubre de 2008 ante el Supremo señaló que *“la detención ilegal sólo tiene naturaleza de delito permanente mientras se mantiene la situación de privación de libertad, y no cuando ha terminado ésta bien por haber sido liberado el detenido o por ser notorio el fallecimiento del secuestrado (...) careciendo de trascendencia a estos efectos el hallazgo de los restos mortales”*. Baste por ahora señalar, sin embargo, que la afirmación del Supremo contradice también a la Comisión de Derecho Internacional que afirma en el proyecto de responsabilidad por hechos ilícitos que en materia de desaparición forzada de personas, el hecho ilícito continuado sólo cesa cuando el cadáver de la persona es entregado a sus familiares¹².

¹⁰ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27/02/2012, página 18.

¹¹ *Varnava and others vs Turkey*, European Court of Human Rights, Gran Chamber, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, para. 148.

¹² Proyecto de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, texto del proyecto de artículos con sus comentarios, aprobado por la Comisión en su 53º período de sesiones, 2001, página 134.

c. Sobre la ley de amnistía

El Supremo afirmó que los jueces no pueden en ningún caso derogar leyes porque se trata de una competencia del legislativo y que la ley había sido el resultado de un consenso total de las fuerzas políticas existente en el año 1977 y confirmada en el año 2011 cuando el Congreso de los Diputados rechazó una proposición para su modificación. Al mismo tiempo, el Supremo recordó que la ley de amnistía no podía ser considerada como una ley de vencedores para encubrir sus crímenes sino el resultado de un consenso entre las fuerzas políticas.

El Supremo recordó que España había asumido la obligación de perseguir las violaciones constitutivas de crímenes contra la humanidad al ratificar el Estatuto de Roma en el año 2002, pero sólo para aquellos crímenes cometidos con posterioridad a la entrada en vigor del Estatuto. Con relación al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, España lo ratificó el 27 de abril de 1977, asumiendo entre otras la obligación de disponer recursos efectivos en caso de vulneraciones a los derechos reconocidos en el Pacto. El Supremo reconoció que una ley de amnistía podía impedir el ejercicio de dichos recursos pero recordó que el Pacto sólo podía ser aplicable en caso de vulneraciones cometidas con posterioridad a su entrada en vigor y que así había sido afirmado por el Comité de Derechos Humanos en varios dictámenes¹³.

Por otra parte, el Supremo subestimó el valor de la prueba documental ofrecida por la defensa en la que se hacía referencia a decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que afirman la inaplicabilidad de las leyes de amnistía cuando estamos en presencia de violaciones graves a los derechos humanos. En opinión del Supremo, se trata de decisiones que no eran vinculantes para España por no ser parte en la Convención Americana y que además dicha postura no era seguida ni por el Comité de Derechos Humanos ni por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁴. Es

¹³ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27/02/2012, página 19.

¹⁴ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27/02/2012, página 21.

pertinente mencionar por el momento que el Tribunal Europeo ha señalado, sin embargo, la inaplicabilidad de las leyes de amnistía en el caso *Ould Dah vs France*. Resulta aún más sorprendente la mención al Comité de Derechos Humanos porque este órgano ha recomendado al gobierno de España la derogación de la ley de amnistía de 1977 pero el Supremo ha señalado que se trata simplemente de observaciones y no de denuncias de incumplimiento¹⁵.

Los razonamientos del Supremo en este caso reflejan una interpretación literal de las disposiciones internas y una subordinación del derecho internacional al derecho interno. Teniendo en cuenta esta interpretación, ¿son realmente insalvables los obstáculos existentes a nivel interno? Esta cuestión será analizada en el capítulo siguiente.

¹⁵ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27/02/2012, página 21.

CAPÍTULO V. TRES OBSTÁCULOS (IN)SUPERABLES

Las desapariciones forzadas de personas cometidas por el régimen franquista ocurrieron fundamentalmente en el período 1936-1939. No existía en el momento de los hechos un marco jurídico internacional que reconociera expresamente a la figura, aunque es importante recordar que el mariscal Keitel fue condenado por el Tribunal de Núremberg por crímenes contra la humanidad en función de su papel en la ejecución del decreto de noche y niebla adoptado en 1941, que es el primer antecedente de las desapariciones forzadas. Todos los instrumentos internacionales en la materia son posteriores a los hechos acontecidos en España y sólo la Convención Internacional del año 2006 contiene obligaciones específicas, expresas y vinculantes para los Estados. España es parte en dicho tratado y como tal se ha comprometido a cumplir de buena fe y a no privar del efecto útil al mismo. Sin embargo, en virtud del principio de la irretroactividad, los tratados se aplican a hechos, actos o situaciones posteriores a su entrada en vigor, siempre que hayan dejado de existir. En el caso de las desapariciones forzadas cometidas por el régimen franquista entre 1936 y 1939, el transcurso del tiempo hace cada vez más difícil cualquier pretensión de investigación de los hechos, no sólo desde el punto de vista procesal (por ejemplo, la prescripción de la acción) y jurídico sino también desde el punto de vista humano, porque los familiares directos de las personas desaparecidas son hoy ya adultos o ancianos.

Los jueces nacionales deben poder interpretar un tratado como lo haría una jurisdicción internacional y evitar interpretaciones influenciadas por los intereses nacionales; asimismo, deben aplicar e interpretar el derecho internacional con total independencia y para ello disponen de la misma libertad que tienen sobre otras normas jurídicas¹. Esta situación puede suponer un dilema para el juez nacional porque podría suceder que la legislación interna sea incompatible con el derecho internacional

¹ Institut de Droit international, Session de Milan – 1993, L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat (Neuvième Commission, Rapporteur : M. Benedetto Conforti), artículos 1 y 5, disponible en: http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1993_mil_01_fr.PDF

y su aplicación implicar, potencialmente, responsabilidad internacional del Estado². Los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo en la sentencia sobre prevaricación contra Garzón en el caso de los crímenes del franquismo, cuyos argumentos hemos expuesto en el capítulo anterior, se basan en una estricta interpretación y aplicación del principio de legalidad penal en España así como de la ley de amnistía que impidió cualquier cuestionamiento por esa vía sobre la responsabilidad de los perpetradores y afectó, indirectamente, las reclamaciones de reparación en sentido amplio de los familiares de las personas desaparecidas, generando una situación permanente de indefensión ante la ausencia de un recurso efectivo.

La práctica muestra que los jueces nacionales recurren regularmente, y cada vez con mayor frecuencia³, al derecho y jurisprudencia internacional, en especial en materia de protección de los derechos humanos. La sentencia del Tribunal Supremo en el caso Garzón no es una excepción. Sin embargo, las referencias y citas a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son, cuanto menos, selectivas y evitan cualquier mención a aquellas que mantienen la posición contraria a sus argumentaciones. Además, resulta llamativo que un alto tribunal nacional minimizara la utilidad de los importantes desarrollos en la materia de la Corte Interamericana al señalar que como España no es parte en la Convención Americana de Derechos del Hombre, las decisiones de la Corte Interamericana no le son aplicables, como si no existiesen y no puedan contribuir al desarrollo del derecho internacional. También es sorprendente el uso que el Tribunal Supremo hace de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos. Mientras que por un lado cita algunos de ellos respecto de casos no relacionados con España pero que resultan útiles a efectos de sostener sus argumentos, por el otro minimiza el valor de las recomendaciones que ese Comité ha hecho a España sobre la necesidad de derogar la ley de amnistía y adoptar medidas tendientes a investigar y esclarecer la suerte de las personas desaparecidas. El Supremo se refiere a ellas como meras recomendaciones y no denuncias de incumplimiento.

² Carrillo-Santarelli, Nicolás y Espósito, Carlos, The Protection of Humanitarian Legal Goods by National Judges, *European Journal of International Law*, Vol. 23, Nº. 1, pp. 67-96, página 71.

³ Meron, Theodor, International Law in the Age of Human Rights, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Tome, 301, 2003, pp. 9-490, página 325.

Habiendo dicho esto, surgen varias preguntas: ¿dispone el derecho internacional de argumentos que pudiesen, potencialmente, permitir la superación de los obstáculos mencionados en el apartado anterior y permitir algún tipo de reparación a las víctimas?; ¿hubiera sido posible esperar una respuesta diferente del Tribunal Supremo teniendo en cuenta los desarrollos del derecho internacional general y en especial del derecho internacional de los derechos humanos? En este capítulo intentaré responder a estas preguntas a través del análisis de tres argumentos que podrían ser de ayuda para una interpretación a favor de los derechos de las víctimas y sus familiares: 1) la regla de la irretroactividad de los tratados no es absoluta y desde que se firma un tratado el Estado tiene la obligación de no obstaculizar su objeto y fin (haremos especial referencia aquí a la Convención de Internacional de 2006 por ser un instrumento específico en materia de desaparición forzada pero similares desarrollos podrían también ser aplicables a otros tratados, por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del que España también es parte y que fue ratificado antes de la adopción de la ley de amnistía); 2) la existencia de una situación permanente derivada de la característica especial de la desaparición forzada y el estado de indefensión que se extiende en el tiempo obstaculiza la activación de los plazos de prescripción y se encuadraría dentro de las excepciones a la irretroactividad de los tratados; 3) al la luz del derecho internacional, la ley de amnistía no puede ser utilizada como justificación para impedir la investigación y reparación a las víctimas.

V.I. La irretroactividad de los tratados

El artículo 28 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados de 1969 consagra formalmente el principio de la irretroactividad de los tratados, cuya primera enunciación se remonta a la regla emitida por el árbitro Max Huber en el caso de la isla de Palmas⁴. La redacción de este artículo durante los *travaux préparatoires* resultó muy controvertida⁵ y como afirma do Nascimento e Silva, la dificultad que encontró la

⁴ Orihuela Calatayud, Esperanza, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo*, Dykinson, S.L., Libros, España, 2006, página 21.

⁵ Véase por ejemplo Yearbook of International Law Commission, 25 May 1964, Vol. 1, página 41 y ss.

Comisión de Derecho Internacional y la Conferencia de Viena de 1968-1969 estaba relacionada con la formulación de un artículo aceptable desde el punto de vista jurídico. Algunos miembros de la Comisión propusieron la adopción de un texto en el que se señalara simplemente que los tratados no tenían efectos retroactivos a menos que el propio tratado dispusiera otra cosa. Esta propuesta fue rechazada por Jiménez de Aréchaga para quien una fórmula elíptica de ese tipo no quería decir gran cosa, porque no determinaba qué se entendía por efecto retroactivo. El artículo fue redactado en forma negativa para superar las críticas de varios miembros de la Comisión en el sentido de que el texto iba demasiado lejos al excluir los hechos anteriores⁶.

Luego de sucesivos borradores y propuestas, el artículo quedó redactado de la siguiente manera:

“Irretroactividad de los tratados. Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

Como principio general, los tratados obligan a los Estados que los han ratificado para hechos, actos o situaciones producidos con posterioridad a su entrada en vigor. La justificación que subyace este principio es el de la certeza o seguridad jurídica⁷ porque la irretroactividad sobre la aplicación temporal de un tratado evita la incertidumbre o al menos la reduce⁸. El artículo 28 establece una presunción de irretroactividad⁹, que ya había sido afirmada por la Corte Internacional de Justicia en el

⁶ Do Nascimento e Silva, G. E., Le facteur temps et les traités, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 154, 1977, pp. 215-297, páginas 273, 274 y 276.

⁷ Orihuela Calatayud, Esperanza, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo*, Dykinson, S.L., Libros, España, 2006, página 22.

⁸ Weyler, E. Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite, *Revue générale de droit international public*, Vol. 95, 2001, pp. 881-914, página 896.

⁹ Remiro Brótons, Antonio; Riquelme Cortado, Rosa; Díez-Hochleitner, Javier; Orihuela Calatayud, Esperanza; y Pérez-Prat Durbán, Luis, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, página 379; en el mismo sentido Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill, February 28, 2009, pp. 1058, página 384.

caso *Ambatielos*¹⁰. Sin embargo, el legislador internacional tiene libertad absoluta¹¹ para incluir cláusulas que permitan la aplicación retroactiva de un tratado. Así, ha sido reconocido por el artículo 28 que da la posibilidad a los Estados a que decidan que un tratado se aplique retroactivamente si así se desprende del mismo porque las partes así lo han querido o bien constase de otro modo. Por lo tanto, los Estados son libres de conceder a un tratado o a algunas de sus disposiciones efecto retroactivo sin vulnerar así el principio establecido en el artículo 28 de la Convención de Viena. Como sostiene Orihuela Calatayud, la irretroactividad no tiene valor absoluto dándose casos en los que la seguridad jurídica cede ante la justicia o la voluntad de las partes¹².

El artículo 28 diferencia entre tres tipos de incidentes o actividades del pasado: actos, hechos y situaciones. Mientras que los dos primeros son fundamentalmente instantáneos, las situaciones (que cubren tanto actos como hechos) se mantienen durante un período mayor de tiempo¹³. Esta diferencia fue objeto de críticas, en especial de las delegaciones de los Estados Unidos y del Reino Unido para quienes la noción de “situación” era ambigua y podría ser interpretada como excepciones al principio de irretroactividad. Sin embargo, Jiménez de Aréchaga señaló que suprimir la frase relativa a la “situación” implicaría dejar incompleta la redacción puesto que existen casos que no podrían calificarse ni de actos ni de hechos¹⁴.

Cuando los actos, hechos o situaciones son de carácter instantáneo, la aplicación de la norma es relativamente sencilla. No existe obligación derivada del tratado cuando el hecho, acto o situación ha dejado de existir antes de su entrada en

¹⁰ International Court of Justice, *Ambatielos* (Greece v. United Kingdom), Judgment of 1 July 1952 (Preliminary Objections); I.C.J.. Reports 1952, p. 40.

¹¹ Remiro Brótons, Antonio; Riquelme Cortado, Rosa; Díez-Hochleitner, Javier; Orihuela Calatayud, Esperanza; y Pérez-Prat Durbán, Luis, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 379.

¹² Orihuela Calatayud, Esperanza, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo*, Dykinson, S.L., Libros, España, 2006, páginas 22 y 23.

¹³ Odendahl, Article 28. Non-retroactivity of treaties, páginas 482 y 483 en Dörr, Oliver and Schmalenbach, Kirsten (Authors, Editors), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer; 1 edition, January 28, 2012.

¹⁴ Do Nascimento e Silva, G. E., Le facteur temps et les traités, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 154, 1977, pp. 215-297, páginas 276 y 277.

vigor, incluso en los casos de situaciones continuadas o permanentes¹⁵. Pero cuando dichos actos, hechos o situaciones producen efectos jurídicos continuados o permanentes **con posterioridad** a la entrada en vigor de la norma, su aplicación deja de ser tan evidente. Como afirma Remiro Brótons, es necesario distinguir entre incidentes pasados (*facta praeterita*), incidentes futuros (*facta futura*) e incidentes en curso (*facta pendientia*). Mientras que la aplicación de un tratado a incidentes pasados no es posible, sí lo es para incidentes futuros. En su opinión, la Convención de Viena de 1969 es aplicable a los *facta pendientia*, es decir, a los hechos surgidos con anterioridad al tratado pero que despliegan determinados efectos una vez que ha entrado en vigor, **en las consecuencias por venir**.

La existencia de “situaciones”¹⁶ en el derecho internacional fue analizada por la Corte Permanente de Justicia en el caso de los Fosfatos de Marruecos. En su contestación de demanda, Francia señaló que los hechos en los que Italia basaba su reclamación se habían producido antes de la fecha de la declaración por parte de ambos países por las que aceptaban la competencia de la Corte Permanente. El gobierno de Italia señaló, por su parte, que la controversia versaba sobre hechos o situaciones que habían ocurrido luego de las declaraciones respectivas de aceptación de la competencia de la Corte o sobre una situación permanente que perdura hasta el momento de la demanda; y que esos hechos y situaciones junto con los anteriores constituían un curso de acción ilegal, continuo y progresivo que caía dentro de la competencia de la Corte. En opinión del gobierno italiano, existía una violación continuada del derecho internacional¹⁷. La Corte analizó la declaración de aceptación de la competencia *ratione temporis* de Francia y concluyó que era suficientemente clara y que tenía como objetivo fundamental privar de cualquier efecto retroactivo a la competencia de la Corte, referida tanto a hechos como situaciones. Y que sólo podría ser competente si la disputa estuviese relacionada con hechos o situaciones

¹⁵ Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill, February 28, 2009, pp. 1058, página 383.

¹⁶ Para un análisis de las diferencias entre hecho continuado, compuesto y complejo véase Distefano, Giovanni, *Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité*, *Annuaire français de droit international*, volume 52, 2006. pp. 1-54.

¹⁷ Court Permanente du Justice Internationale, *Phosphates du Maroc*, Arrêt du 14 juin 1938, Série A/B Nº 74, página 20.

posteriores a la declaración. Afirmó también que la determinación de un hecho o situación debía ser analizado para cada caso particular y teniendo en cuenta sus circunstancias¹⁸. Por último, concluyó, por once votos a favor y uno en contra, que la reclamación de Italia sobre el monopolio de los fosfatos caía fuera de su competencia. En su opinión disidente, el juez Eysinga señaló que el nuevo régimen establecido por los decretos de 1920 en violación de los compromisos internacionales asumidos por Francia constituía un hecho ilícito y que la situación de ilicitud existía con posterioridad a la declaración de aceptación de la competencia por parte de Francia¹⁹. En su opinión individual, el juez Cheng resaltó que el monopolio derivado del decreto era un hecho o situación existente que causaba un perjuicio mientras continuara estando en vigor²⁰.

Volviendo al artículo 28, el legislador internacional ha preferido utilizar en su texto una cláusula gemela (*twin clause*) para la aplicación retroactiva en lugar de la cláusula más usual “*a menos que el tratado disponga otra cosa*”²¹. Dicho artículo permitiría que el tratado se aplique retroactivamente: a) si una intención en ese sentido se desprende del tratado o b) constase de otro modo. Con relación al primer punto, Dopagne considera que en algunos casos la intención de aplicación retroactiva se encuentra expresada explícitamente en el tratado, como por ejemplo el artículo 7.2 de la Convención de Viena sobre sucesión de Estados en materia de tratados. En ausencia de disposición expresa, la intención puede extraerse implícitamente y la redacción del artículo 28 es lo suficientemente amplia como para incluir tanto la

¹⁸ Court Permanente du Justice Internationale, Phosphates du Maroc, Arrêt du 14 juin 1938, Série A/B Nº 74, página 24.

¹⁹ “(...) *cette continuité et permanence de quelque chose d'illicite constitue bien une situation, et c'est bien au sujet de cette situation que le différend italo-français s'est élevé. Il suffit de constater que cette situation (...) a existé postérieurement à la "ratification" pour conclure que la Cour est compétente pour connaître du différend*”. Court Permanente du Justice Internationale, Phosphates du Maroc, Arrêt du 14 juin 1938, Opinion dissidente du Jonkheer Van Eysinga, Série A/B Nº 74, páginas 34 y 35.

²⁰ “*Car le monopole - bien qu'il ait été institué par le dahir de 1920 - existe encore aujourd'hui. Il s'agit là d'une situation ou d'un fait actuel. S'il en résulte une injustice, cette injustice ne provient pas simplement du fait qu'elle a été causée, mais du fait que le tort continue à être causé à ceux dont, prétend-on, les droits conventionnels ont été enfreints, et le préjudice ne poursuit pas simplement son existence antérieure, mais il acquiert même une nouvelle existence chaque jour, tant que demeure en vigueur le dahir qui l'a institué pour la première fois*”. Court Permanente du Justice Internationale, Phosphates du Maroc, Arrêt du 14 juin 1938, Opinion individuelle du Cheng Tien Hsi, Série A/B Nº 74, página 36.

²¹ Do Nascimento e Silva, G. E., *Le facteur temps et les traités*, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 154, 1977, pp. 215-297, página 275.

manifestación explícita como la implícita. En relación con el segundo punto, de los debates en la Comisión de Derecho Internacional como en la Conferencia de Viena se desprende que esta frase estaba dirigida hacia la toma en consideración de la naturaleza del tratado, que no es más que derivar a su vez al objeto del mismo²². Y para ello, las decisiones de los tribunales internacionales tienen especial importancia. En el caso *Mavrommatis*, la Corte Permanente de Justicia señaló que era una característica especial del Protocolo XII del Tratado de Lausana de 1923 el desplegar efectos sobre situaciones que jurídicas que se remontaban a una época anterior a su propia existencia²³. Y en el caso *Ambatielos*, la Corte Internacional de Justicia consideró que el principio de irretroactividad de los tratados toleraba derogaciones si existía una cláusula o una razón especial que diera lugar a una aplicación retroactiva²⁴.

En el año 1968, Sorensen estudió el problema de la aplicación inter-temporal del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales y analizó la evolución de la jurisprudencia de la Comisión. En particular, se detuvo en dos situaciones diferentes que fueron planteadas ante la Comisión; por un lado, el acto instantáneo con efectos duraderos y la violación continuada de los derechos reconocidos en el Convenio. Para ello, recurrió a un ejemplo basado en la jurisprudencia de la Comisión en relación con el derecho a la libertad de la persona, reconocido en el artículo 5 y que resumimos a continuación por su claridad y relevancia. Si una persona ha sido detenida legalmente, luego de haber sido condenada por un tribunal, estaríamos en presencia de una conducta no reprochable del Estado. Si la condena ha sido pronunciada antes de la entrada en vigor del Convenio y si el denunciante se queja de esta condena, la Comisión no podrá examinar el caso si el proceso ha sido justo. Este sería el ejemplo de un acto instantáneo con efectos duraderos. Si por el contrario, el denunciante ha sido detenido por medio de un decreto administrativo a causa de sus opiniones políticas, estamos en presencia de una situación que el Convenio no autoriza (se

²² Frédéric Dopagne, *Convention de Vienne de 1969, Article 28*, páginas. 1180 y ss., en Olivier Corten et Pierre Klein, *Les Conventions de Vienne sur les droit des traités. Commentaire article para article*, Centre de Droit International – Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2006, Tome II.

²³ Permanent Court of International Justice, *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment of 30 August 1924 (Objection to the Jurisdiction of the Court), Serie A, nº 2, p. 34.

²⁴ International Court of Justice, *Ambatielos (Greece v. United Kingdom)*, Judgment of 1 July 1952 (Preliminary Objections) I.C.J. Reports 1952, p. 40.

vulnera el derecho a la libertad de expresión), aún si el decreto fue aprobado antes de la entrada en vigor del Convenio. Por lo tanto, la Comisión sería competente para examinar la detención en la medida en que la misma se ha mantenido en el tiempo luego de la entrada en vigor. En este caso, estaríamos en presencia de una violación continuada²⁵.

En opinión de Sorensen, si los efectos de un determinado acto producido antes de la entrada en vigor del Convenio Europeo pero que perduran en el tiempo una vez que dicho Convenio ha entrado en vigor, dichos efectos duraderos no podrán escapar del alcance del Convenio. Se tiene en cuenta aquí no al acto sino a la situación y si ésta se prolonga más allá de la entrada en vigor del Convenio, cae bajo su égida²⁶. Odendahl también afirma esta posibilidad²⁷ y similar postura se desprende también de la Comisión de Derecho Internacional, que ha afirmado el efecto inmediato de nuevas reglas de derecho internacional público en los siguientes términos:

*“If an act or fact or situation which took place or arose prior to the entry into force of a treaty continues to occur or exist after the treaty has come into force, it will be caught by the provisions of the treaty. The non-retroactivity principle cannot be infringed by applying a treaty to matters that occur or exist when the treaty is in force, even if they first began at an earlier date”*²⁸.

En el sexto informe sobre derecho de los tratados de 1966, el redactor Sir Humphrey Waldock se refirió a este punto:

²⁵ Sorensen, Max, Le problème inter-temporel dans l'application de la Convention Européenne des droits de l'homme, *Mélanges offerts à Polys Modinos: problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris: Pedone, 1968, pp. 304-319, páginas 315 y 316.

²⁶ Max Sorensen, Le problème inter-temporel dans l'application de la Convention Européenne des droits de l'homme, *Mélanges offerts à Polys Modinos: problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris: Pedone, 1968, páginas 304-319, pp. 313.

²⁷ Odendahl, Article 28. Non-retroactivity of treaties, página 485 en Dörr, Oliver and Schmalenbach, Kirsten (Authors, Editors), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer; 1 edition, January 28, 2012.

²⁸ Citado en Remiro Brótons, Antonio; Riquelme Cortado, Rosa; Díez-Hochleitner, Javier; Orihuela Calatayud, Esperanza; y Pérez-Prat Durbán, Luis, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 379.

“The main point made by the Commission in paragraph (4) was that “the non-retroactivity principle cannot be infringed by applying a treaty to matters that occur or exist when the treaty is in force, even if they first began at an earlier date”. In these cases the treaty does not, strictly speaking, apply to a fact, act or situation falling partly within and partly outside the period during which it is in force; it applies only to the fact, act or situation which occurs or exists after the treaty is in force. This may have the result that prior facts, acts or situations are brought under consideration for the purpose of the application of the treaty; but this is only because of their causal connexion with the subsequent facts, acts or situations to which alone in law the treaty applies”²⁹.

Es decir, en opinión de Waldock, no habría aplicación retroactiva porque el tratado se aplica para aquellos actos, hechos o situaciones que ocurren o existen luego de la entrada en vigor del tratado. El recurso a hechos anteriores a la entrada en vigor se tendrá en cuenta a los efectos de la aplicación del tratado pero sólo por su relación causal con los hechos subsiguientes que de por sí mismos autorizan la aplicación del tratado. En un informe ante la Comisión Internacional de Derecho Internacional en 1964, Yasseen, señaló que cuando un tratado entre en vigor, se aplica inmediatamente y no retroactivamente a la situación continuada³⁰.

Buyse afirma que, como principio general, los tratados no pueden aplicarse retroactivamente pero que es posible distinguir tres excepciones a este principio: a) el efecto retroactivo puede estar expresado o implicado en el tratado, esto es, que las partes han acordado que así funcione, b) el derecho consuetudinario, es decir, el tratado puede aplicarse retroactivamente si la disposición es una codificación del derecho internacional consuetudinario; pero advierte que el derecho internacional consuetudinario no puede crear la competencia de un tribunal si ésta no existía; c) **los**

²⁹ A/CN.4/186 and Add.1, 2/Rev.1, 3-7, Sixth Report on the law of treaties by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, Yearbook of the International Law Commission: 1966 , vol. II, página 63. Esta posición ha sido reafirmada por el Comité de Derechos Humanos en varias de sus comunicaciones.

³⁰ Yearbook of International Law Commission, 25 May 1964, Vol. 1, página 41.

actos, hechos o situaciones continuas y esta excepción sí podría, eventualmente, ofrecer alternativas ante los tribunales³¹.

El artículo 28 no puede ser interpretado de manera aislada sino que debe considerarse conjuntamente con los artículos 18, 26 y 27 de la Convención de Viena³². Desde el momento que los Estados firman un tratado hasta el momento que el mismo es ratificado y entra en vigor, el Estado debe abstenerse de efectuar actos que frustren el objeto y fin del tratado (artículo 18 de la Convención sobre derecho de los tratados). Algunos autores sostienen que la regla del artículo 18 es una norma de derecho internacional consuetudinario que se cristalizó al haber sido adoptada de forma unánime en la conferencia de Viena³³. En la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el caso de la reservas a la Convención contra el Genocidio, la Corte señaló en 1950 que los Estados tienen la obligación de preservar lo esencial del objeto de la Convención y que en caso contrario se la privaría de sus principios y aplicación³⁴. Además, agregó que una aplicación extrema de la soberanía del Estado puede conducir hacia un desprecio del objeto y fin de un tratado³⁵. Otro ejemplo lo encontramos en relación con el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la afirmación de la Comisión Europea de que sería contrario al objeto y fin del tratado la firma por parte de Estados de la Unión Europea de acuerdos bilaterales con los Estados Unidos destinados a impedir que los agentes de ese país fuesen acusados ante esa jurisdicción³⁶. Como afirman Boisson de Chazournes, La Rosa y Mbenge, el artículo 18

³¹ Buyse, Antoine, *A Lifeline in Time - Non-retroactivity and Continuing Violations under the ECHR*, *Nordic Journal of International Law*, vol. 75. (2006) pp. 63-88, páginas 70 y 71.

³² Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill (February 28, 2009), pp. 1058, página 367 y ss; en el mismo sentido Salmon, Jean, Section 1, *Observance of Treaties. Article 26. Pacta Sunt Servanda*, página 661, en Corten, Olivier y Klein, Pierre, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford Commentaries International Law), Oxford University Press, USA; 1 edition (May 26, 2011)

³³ Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill (February 28, 2009), pp. 1058, página 368; en el mismo sentido Palchetti, Paolo, *Vague and Ineffective obligation or a Useful Means for Strengthening Legal Cooperation*, p. 26 en Cannizzaro, Enzo, *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 17 February 2011, pp. 496

³⁴ International Court of Justice, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory opinion of 28 May 1951, página 27.

³⁵ International Court of Justice, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory opinion of 28 May 1951, página 13.

³⁶ EU tries to avoid conflict with US over court, *Financial Times*, London, 29 August 2002.

tiene como objetivo principal garantizar la seguridad jurídica necesaria para la estabilidad y estabilidad de los tratados internacionales y es, a su vez, una manifestación de la buena fe de los Estados³⁷. Otros autores sostienen, sin embargo, que desde el momento que se firma hasta que se ratifica un tratado, el Estado sólo tiene una obligación moral de no frustrar el objeto y fin y que, por lo tanto, no existe obligación jurídica durante ese período³⁸.

El artículo 26 de la Convención de Viena señala que todo tratado en vigor obliga a las partes a que resulta oponible y debe ser cumplido por ellas de buena fe, o dicho de otro modo, el Estado debe abstenerse de realizar actos que impidan la ejecución del tratado o que frustren su objeto³⁹. Este artículo, que refleja la norma *pacta sunt servanda* ha sido reconocido desde tiempos inmemoriales⁴⁰. Ya Vattel, en su *Le droit des Gens*, afirmaba que: “*Every thing therefore which for the common safety of the people, and the tranquility and security of the human race, ought to be inviolable, is held sacred among nations. Who can doubt that treaties are in the number of those things that are held sacred by nations*”⁴¹. Antes de su formulación en la Convención de Viena, la norma ya había sido reconocida en diversos instrumentos internacionales, como en el preámbulo de la Carta de la Sociedad de las Naciones (“*In order to promote international co-operation and to achieve international peace and security by (...) the maintenance of justice and a scrupulous respect for all treaty obligations in the dealings of organised peoples with one another*”, el artículo 10 de la Convención de tratados, firmada en La Habana el 20 de febrero de 1928 (“*Ningún Estado puede eximirse de las obligaciones del tratado o modificar sus estipulaciones sino con el acuerdo pacíficamente obtenido de los otros contratantes*”) o el preámbulo de la Carta

³⁷ Boisson de Chazournes, Laurence, La Rosa, Anne Marie, Makane Moise Mbenge, Article 18. Convention 1969, p. 370 y 371, en Corten, Olivier y Klein, Pierre, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford Commentaries International Law), Oxford University Press, USA; 1 edition (May 26, 2011).

³⁸ Dehouse, Fernand, *La ratification de traités*, Paris ; Sirey 1936, p. 67.

³⁹ International Law Commission, A/CN.4/167 and Add.1-3, Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, Sixteenth Session, 11 May to 24 July 1964, página 7.

⁴⁰ Salmon, Jean, Section 1, Observance of Treaties. Article 26. Pacta Sunt Servanda, página 661, en Corten, Olivier y Klein, Pierre, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford Commentaries International Law), Oxford University Press, USA; 1 edition (May 26, 2011)

⁴¹ Vattel, *Le droit des Gens*, book II, Chapter 15, página 218.

de las Naciones Unidas⁴² (“(...) *a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional*”), entre otros.

Villiger, haciendo referencia a los debates en el seno de la Comisión de Derecho Internacional consideró que había cinco razones para incluir en el texto de la Convención de Viena una fórmula en latín *pacta sunt servanda*: en primer lugar, porque era más sucinta que en otros idiomas; segundo, porque no tenía connotaciones negativas como otras fórmulas en latín; tercero, que la expresión había sido utilizada desde Grocio; cuarto, era internacionalmente entendida por los juristas nacionales e internacionales; y quinto, al provenir de un idioma extinto, no habría que temer que su sentido cambiase en el futuro⁴³.

El artículo 26 combina dos elementos importantes: por un lado, el principio de *pacta sunt servanda*, que debe ser aplicado por todos los órganos del Estado una vez que los derechos y obligaciones están en vigor⁴⁴, y por otro la obligación de cumplir con el tratado de buena fe, que significa que el propósito del tratado y las intenciones de las partes deben prevalecer por sobre su aplicación literal, de modo de hacer posible el cumplimiento de sus propósitos⁴⁵.

El artículo 31 párrafo 1 complementa esta interpretación al disponer la necesidad de interpretar los tratados de buena fe, una noción a la que se hace referencia en el artículo 26 (*pacta sunt servanda*) e implica tomar en consideración el

⁴² Salmon, Jean, Section 1, Observance of Treaties. Article 26. *Pacta Sunt Servanda*, página 661, en Corten, Olivier y Klein, Pierre, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford Commentaries International Law), Oxford University Press, USA; 1 edition (May 26, 2011)

⁴³ Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill (February 28, 2009), pp. 1058, página 364. Véase el Yearbook of the International Law Commission, 1964, Vol. I., página 167, disponible en <http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/1964.htm>

⁴⁴ Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill (February 28, 2009), pp. 1058, página 365.

⁴⁵ “Article 26 combines two elements, which are of equal importance. It provides that “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.” This latter element, in the Court’s view, implies that, in this case, it is the purpose of the Treaty, and the intentions of the parties in concluding it, which should prevail over its literal application. The principle of good faith obliges the Parties to apply it in a reasonable way and in such a manner that its purpose can be realized”. International Court of Justice, *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), Judgment of 25 September 1997, para. 142

objeto y fin del tratado. Asimismo, cuando se trata de interpretar un tratado, la buena fe conlleva, desde el inicio, la presunción de que los términos del tratado han sido incluidos con un sentido⁴⁶ y debe tener efectos apropiados⁴⁷.

El artículo 27 dispone que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado⁴⁸. Este artículo fue concebido como un corolario del artículo 26 y de la regla *pacta sunt servanda* y se aplica no sólo a las obligaciones convencionales sino a las de cualquier tipo reconocidas en el derecho internacional⁴⁹. La implementación de las disposiciones de un tratado en el ámbito interno corresponde, sin embargo, de manera exclusiva al Estado de acuerdo a su sistema constitucional. Pero si un tratado internacional es contrario a la legislación interna de un Estado, éste deberá adoptar aquellas medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones libremente asumidas o modificar su legislación, si procede⁵⁰. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que el Estado tiene un margen de apreciación para la implementación de las disposiciones del tratado⁵¹. En el caso *Djibouti vs France*, la Corte Internacional de Justicia reconoció que

⁴⁶ Villiger, M. E., *The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties - 40 Years after*, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 344, 2010, página 116 y 117.

⁴⁷ "When a treaty is open to two interpretations one of which does and the other does not enable the treaty to have appropriate effects, good faith and the objects and purposes of the treaty demand that the former interpretation should be adopted", *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol II, p. 219.

⁴⁸ Este principio ha sido recordado también por el Comité de Derechos Humanos en su Observación General Nº 31, Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7,2004, para. 4.

⁴⁹ Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill (February 28, 2009), pp. 1058, página 372; en el mismo sentido Schaus, Annemie, 1969 Vienna Convention. Article 27. Internal law and observance of treaties, página 689 en en Corten, Olivier y Klein, Pierre, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford Commentaries International Law), Oxford University Press, USA; 1 edition (May 26, 2011).

⁵⁰ Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill (February 28, 2009), pp. 1058, página 372; Salmon, Jean, Section 1, Observance of Treaties. Article 26. Pacta Sunt Servanda, página 682, en Corten, Olivier y Klein, Pierre, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford Commentaries International Law), Oxford University Press, USA; 1 edition (May 26, 2011).

⁵¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi vs Ireland*, Sentencia de 30 de Junio de 2005, para. 149.

la regla del artículo 27 era una norma de derecho consuetudinario⁵²; y en el caso Avena, afirmó que el incumplimiento de las disposiciones de un tratado constituía un hecho ilícito internacional. La Corte señaló: *“The Avena Judgment nowhere lays down or implies that the courts in the United States are required to give direct effect to paragraph 153 (9). The obligation laid down in that paragraph is indeed an obligation of result which clearly must be performed unconditionally; non-performance of it constitutes internationally wrongful conduct. However, the Judgment leaves it to the United States to choose the means of implementation, not excluding the introduction within a reasonable time of appropriate legislation, if deemed necessary under domestic constitutional law”*⁵³.

Pawelyn sostiene que para resolver las diferencias entre violaciones continuadas y actos instantáneos con efectos duraderos en el tiempo, es pertinente recurrir al problema de la reparación y especialmente, a la cuestión de si luego de que el acto ocurrió el remedio de la cesación de la violación sigue siendo de aplicación y utilidad o si, por el contrario, la simple reparación económica es suficiente para proveer la reparación hacia el pasado y el futuro. En su opinión, sólo en el primer caso la violación continuada puede ser establecida⁵⁴. Aunque volveremos sobre el tema, todos los instrumentos internacionales de protección contra las desapariciones forzadas reconocen el carácter permanente de la figura así como el de la obligación de investigarlos y repararlos de forma plena mientras perdure la incertidumbre sobre la suerte y el paradero de la persona desaparecida. La identificación y entrega de los restos mortales de la persona desaparecida constituye la mínima expectativa que el Estado debe garantizar a los familiares a través de la puesta a disposición de todos los medios adecuados para ello.

⁵² International Court of Justice, *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)* “124. Having thus clarified the purport of Article 3 of the 1986 Convention, the Court sees no reason why the rule of customary law reflected in Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (...)”, Judgment of 4 June 2008, para. 124.

⁵³ International Court of Justice, *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (Mexico v. United States of America), Judgment of 19 January 2009, para. 44.

⁵⁴ Joost Pauwelyn, *The concept of a “continuing violation” of an international obligation: selected problems*, *British Yearbook of International Law*, 1995, pp. 415-450, página 420.

Estas cuestiones ya se han planteado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el caso *Radilla Pacheco vs México*, la Corte tuvo que decidir una situación en la que la desaparición del Sr. Radilla se había producido antes de la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos del Hombre para ese país. El gobierno mexicano sostenía que había firmado su instrumento de adhesión el 2 de marzo de 1981 y aceptado la competencia contenciosa de la Corte el 16 de diciembre de 1998. Por lo tanto, al momento en el que habían tenido lugar los hechos (25 de agosto de 1974) no existía obligación internacional alguna sobre la que la Corte pudiera conocer y, por lo tanto, no se le podía imputar responsabilidad internacional. El Estado sostuvo que “*si el inicio de un acto estatal no tiene relevancia jurídica, al no existir obligación al momento en que se efectúa, tampoco lo puede tener la continuación del mismo*”. La Corte respondió que el caso tenía carácter permanente o continuo y que a la fecha de la sentencia no se conocía el paradero de la persona desaparecida; en consecuencia, los hechos alegados permanecían vigentes con posterioridad a la entrada en vigor del tratado para México⁵⁵. Aunque la Corte reconoció la validez del principio de irretroactividad de los tratados, afirmó que del mismo principio y del de *pacta sunt servanda* surgía que desde que un tratado entra en vigor, es exigible a los Estados Partes el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo respecto de todo acto posterior a esa fecha⁵⁶ y que aquellos actos continuos o permanentes que persisten luego de la entrada en vigor del tratado respectivo⁵⁷ pueden generar, por sus características, obligaciones internacionales respecto del Estado parte, sin que ello implicase una vulneración del

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), paras. 17 y 18.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 20.

⁵⁷ La Corte afirmó que el “*el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no se hayan esclarecido*”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 23.

principio de irretroactividad de los tratados⁵⁸. La Corte concluyó que las obligaciones de México sólo producían efectos a partir de la fecha en que se había obligado por el tratado, pero que el tratado era aplicable a aquellos hechos que constituían violaciones continuas, incluso si habían tenido lugar antes de la entrada en vigor del tratado pero persistían aún después de esa fecha, puesto que se seguían cometiendo. Una interpretación diferente **privaría del efecto útil al tratado e impediría el acceso a un recurso efectivo para las víctimas**⁵⁹.

En su sentencia, la Corte desestimó la excepción preliminar de incompetencia interpuesta por el gobierno mexicano en relación con su declaración interpretativa. El 9 de abril de 2002, al momento de ratificar la Convención Interamericana contra las desapariciones forzadas, el gobierno mexicano había declarado que, de conformidad con el artículo 14 de la Constitución mexicana, las disposiciones de la Convención se aplicarían a hechos de desaparición forzada que se ordenasen, ejecutasen o cometiesen con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención y por lo tanto la Corte no podía conocer sobre hechos o actos ejecutados antes de esa fecha.

La Corte recordó que la regla de interpretación del sentido corriente del artículo 31 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados debía considerarse dentro del contexto y, en especial, dentro del objeto y fin del tratado⁶⁰ y con la caracterización que el propio tratado realiza de la desaparición forzada. Por lo

⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 23.

⁵⁹ “Sostener lo contrario equivaldría a privar de su efecto útil al tratado mismo y a la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 24.

⁶⁰ “Esta Corte ha manifestado reiteradamente que los tratados modernos sobre derechos humanos, como es el caso de la CIDFP, “no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos [...] Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 304.

tanto, las disposiciones del tratado eran aplicables para México en relación con los actos de desaparición forzada de personas que continuasen o permaneciesen más allá de la entrada en vigor para México hasta que no se establezca el destino o paradero de la víctima⁶¹. Como la desaparición forzada del Sr. Radilla Pacheco seguía ejecutándose, la Corte estimó que la aplicación de la Convención Interamericana se encontraba dentro de la competencia temporal de la Corte⁶².

Llegados a este punto, ¿se podrían extender estos razonamientos a los casos de desapariciones cometidas por el régimen franquista de modo que los familiares puedan obtener algún tipo de reparación? En primer lugar, es esencial recurrir a los instrumentos internacionales ratificados por España. En materia específica de desaparición forzada, España es parte en la Convención Internacional de 2006, al haberla firmado el 27 de septiembre de 2007 y ratificado voluntariamente dos años más tarde; una vez publicada oficialmente forma parte del ordenamiento interno y por lo tanto se aplica directamente por parte de los órganos estatales (artículo 96 de la Constitución de España de 1978). De acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución de España dispone a su vez que *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

Ahora bien, ¿es posible la aplicación de la Convención Internacional de 2006 a los hechos ocurridos en 1936? El artículo 31 de la Convención de Viena no establece dónde se encuentra el objeto y el fin de un tratado, aunque tradicionalmente suele recurrirse a su preámbulo⁶³. Una lectura del preámbulo de la Convención Internacional

⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), paras. 30 y 31.

⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 32.

⁶³ Villiger, M. E., The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties - 40 Years after, *Recueil des cours = de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 344, 2010, página 118. En el mismo sentido se expresado la Corte Internacional de Justicia en International Court of Justice, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory opinion of 28 May

de 2006 nos permite afirmar que el objeto de la misma es la lucha contra la impunidad y el derecho a *“conocer la verdad sobre las circunstancias de una desaparición forzada y la suerte de la persona desaparecida, así como el respeto del derecho a la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones a este fin”*. A lo largo de su articulado, la Convención ha reconocido tres obligaciones básicas para el Estado en casos de desapariciones forzadas: investigar, reparar y buscar la verdad sobre lo acontecido. La obligación del Estado de investigar y el ejercicio del derecho a la verdad por parte de las víctimas se extiende tanto tiempo como se mantenga la incertidumbre sobre la suerte y el paradero de la persona desaparecida, lo que viene a reconocer, a su vez, la naturaleza permanente o continuada de la desaparición forzada. Es más, el conocimiento de la verdad, derivado de las investigaciones que debe realizar el Estado es una forma de reparación ante la ausencia de información oficial. Consideramos que estas obligaciones son aplicables al caso español, aún si, como es sabido, se trata de casos que comenzaron antes de su entrada en vigor pero que continúan en la actualidad sin resolver. El factor determinante es, en mi opinión, el reconocimiento de la desaparición forzada de personas como un delito de ejecución continuada cuyos efectos se extienden en el tiempo hasta que se determine la suerte y el paradero de la persona desaparecida. La ausencia de investigación oficial sobre la cuestión así como la falta de un recurso efectivo disponible para los familiares en el ámbito interno genera una situación continuada que existe hasta nuestros días con la consiguiente vulneración de derechos reconocidos internacionalmente.

Para que la regla de la irretroactividad sea aplicable, tanto los hechos, como los actos y las situaciones deben haberse completado antes de la entrada en vigor del tratado. Deben haber dejado de existir antes de la entrada en vigor del tratado y por lo tanto pertenecer completamente al pasado⁶⁴. Difícilmente podamos hablar en España de hechos que pertenecen completamente al pasado y prueba de ello son las constantes reclamaciones e iniciativas (sin éxito) en toda España tendientes a la recuperación de la memoria histórica. En especial cuando estamos en presencia de una

1951, p. 23; también en International Court of Justice, Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America), Judgment of 27 August 1952, p. 25.

⁶⁴ Buyse, Antoine, A Lifeline in Time - Non-retroactivity and Continuing. Violations under the ECHR, *Nordic Journal of International Law*, vol. 75. (2006) pp. 63-88, página 72.

situación continuada y permanente mientras no se sepa la suerte y el paradero de la persona desaparecida.

El incumplimiento actual de España de sus obligaciones internacionales no sólo se debe a la falta de investigación y reparación, sino también a la adopción de legislación que no se condice con el derecho internacional y en especial con la Convención Internacional de 2006. De acuerdo con la Convención de Viena, los tratados producen efectos desde que entran en vigor pero esto no significa que entre el período que va desde la firma a la ratificación el Estado pueda actuar libremente ni el Estado no tener ninguna obligación. Por lo menos, y de acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena, el Estado se obliga de ahí en adelante a no realizar actos que puedan frustrar el objeto y fin del tratado. Sin embargo, sólo unos meses después de haber firmado la Convención Internacional de 2006, España aprobó la denominada Ley de Memoria Histórica, que pretende reconocer y mejorar derechos a las víctimas de la guerra civil y la dictadura franquista. Pero su alcance, como hemos visto, es insuficiente y no se condice con las obligaciones derivadas del derecho internacional, y en especial con el artículo 12(2) de la Convención Internacional 2006, que dispone que los Estados deben llevar adelante una investigación imparcial y exhaustiva, aún en ausencia de denuncia formal y cuya duración se extiende hasta que se esclarezca la suerte de la persona desaparecida. La Ley de Memoria Histórica dispone, sin embargo, en su artículo 11, que el Estado tiene la obligación de facilitar a los familiares las tareas de localización e identificación de las personas desaparecidas durante la guerra civil y el franquismo, requiriendo necesariamente la iniciativa de los familiares⁶⁵, como si fuera una cuestión que no compete al Estado ni interesa a la sociedad en su conjunto. El propio Tribunal Supremo en la sentencia del caso Garzón ha reconocido que la ley no había avanzado lo suficiente para que el Estado llevase adelante la localización, identificación y exhumación de las fosas dispersas en la geografía española.

Por último, si, como hemos visto, el objeto y fin de la Convención Internacional de 2006 es poner fin a la situación de impunidad que rodea a la desaparición forzada

⁶⁵ Rodríguez Arias, Miguel Ángel, “La nueva ley “de la memoria” y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo”, *Revista Jueces para la Democracia*, nº 63, noviembre de 2008, pp. 68-85, página 76.

pero también asegurar a las víctimas y sus familiares una reparación amplia que incluya el derecho a la verdad y la entrega de los restos de los fallecidos para darles digna sepultura y poder honrarlos, es decir, poner fin a situación de indefensión, la interpretación más lógica sería aquella que permitiese el ejercicio del derecho a la verdad y la consiguiente obligación del Estado de poner a su disposición todos los medios adecuados para ello, de modo de poder contribuir a cerrar las heridas del pasado. Lamentablemente, hemos visto que la realidad indica lo contrario. De persistir esta situación, España no estaría respetando sus obligaciones internacionales y podría incurrir, eventualmente en responsabilidad internacional.

V.II. La prescripción vs la permanencia de la desaparición y el estado de indefensión

La desaparición forzada es un fenómeno de naturaleza continuada o permanente en el que la violación de los derechos humanos cesa cuando la suerte y el paradero de la persona desaparecida han sido esclarecidos más allá de toda duda razonable⁶⁶. El derecho internacional ha venido reconociendo de forma constante esta característica especial de la desaparición forzada y así lo reflejan la Declaración de 1992, la Convención Interamericana de 1994, el Anteproyecto de 1998 y la jurisprudencia internacional. La Convención Internacional de 2006 no incluyó un artículo exclusivo en su texto pero sí hace referencia de forma indirecta a este carácter en el artículo 8, al disponer que de aplicarse un régimen de prescripción, este debería ser contado *“a partir del momento en que cesa la desaparición forzada, habida cuenta del carácter continuo de este delito”*. Además, el artículo 24 afirma que la obligación de investigar continúa hasta que se establezca la suerte de la persona desaparecida.

El reconocimiento del carácter permanente es una cuestión clave porque tiene consecuencias en la aplicación del principio de irretroactividad, en el derecho de los

⁶⁶ Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente Manfred Nowak, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002,, para. 89.

tratados y en el derecho penal⁶⁷. El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas contra las desapariciones forzadas ha sostenido que cuando una desaparición comenzó antes de la entrada en vigor de un tratado internacional o antes de que el Estado hubiese aceptado la jurisdicción del órgano competente, la permanencia del fenómeno luego de haber entrado en vigor o aceptado la jurisdicción habilita la competencia del órgano para considerar el acto de desaparición forzada como un todo y el Estado debe ser considerado responsable por todas las violaciones que resultan de la desaparición y no sólo por aquellas que ocurrieron luego de la entrada en vigor del instrumento⁶⁸. En opinión de Buyse, la prolongación de la situación en el tiempo no pone en peligro la unidad conceptual de la situación⁶⁹. Similares argumentaciones emitió el Grupo de Trabajo en materia penal, al señalar que una de las consecuencias del carácter continuado de la desaparición es que es posible condenar a los responsables basándose en un instrumento que haya entrado en vigor aún luego de que la desaparición haya comenzado, sin tener en cuenta el principio de irretroactividad de la ley penal⁷⁰. En el caso *Radilla Pacheco vs México*, la Corte afirmó que la aplicación de una ley tipificando la desaparición forzada de personas a actos que se iniciaron con anterioridad a su entrada en vigor no vulnera el principio de irretroactividad por tratarse de un delito de ejecución permanente⁷¹.

El sistema europeo de protección de derechos humanos ha reconocido desde muy temprano la existencia de situaciones continuadas o permanentes y la primera

⁶⁷ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on Enforced Disappearance as a Continuous Crime, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GC-EDCC.pdf>

⁶⁸ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on Enforced Disappearance as a Continuous Crime, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Disappearances/GC-EDCC.pdf>

⁶⁹ Buyse, Antoine, A Lifeline in Time - Non-retroactivity and Continuing. Violations under the ECHR, *Nordic Journal of International Law*, vol. 75. (2006) pp. 63-88, página 73.

⁷⁰ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on Enforced Disappearances as Continuous Crime, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-EDCC.pdf>

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 239.

vez fue en el famoso caso *De Becker vs Bélgica*⁷² en el que la Comisión Europea de Derechos Humanos dejó sentado que si el denunciante alega que está siendo víctima de una situación continuada y tal situación es contraria a las exigencias del Convenio Europeo, la fecha en la que la situación ha sido establecida es indiferente para la aplicación del Convenio. La determinación de una situación continuada tiene importantes efectos en la práctica puesto que, por ejemplo, deja sin efecto el requisito de admisibilidad de los seis meses desde que la decisión que pone fin a los remedios internos ha sido emitida. En el caso *De Becker*, la Comisión dispuso: *“when [it] receives an application concerning a legal provision which gives rise to a permanent state of affairs for which there is no domestic remedy, the problem of the six months period specified in Article 26 [of the Convention (current Article 35 § 1)] can arise only after this state of affairs has ceased to exist; (...) in the circumstances, it is exactly as though the alleged violation was being repeated daily thus preventing the running of the six months period”*⁷³.

Y agregó: *“Whereas it should be pointed out in the first place that the judgment of the Brussels Military Court which resulted in De Becker losing the rights set out in Article 123 sexies of the Belgian Penal Code, was delivered prior to 14th June, 1955, on which date the Convention came into force in respect of Belgium; whereas, moreover, the subsequent entry into force of the Convention cannot have invalidated retrospectively the forfeiture of rights complained of for all the preceding period, since the Convention, according to the generally recognized rules of international law, did not take effect retrospectively; whereas it follows that the Applicant cannot legally claim, **for the period in question**, to have been the victim of a violation of the rights guaranteed by the Convention, even if the state of affairs complained of is of a permanent nature; (...) Whereas it therefore appears that the Applicant finds himself in a continuing situation in respect of which he claims to be the victim of a violation of the right to freedom of expression guaranteed by Article 10 of the Convention and that the*

⁷² Pauwelyn, Joost, The concept of a “continuing violation” of an international obligation: selected problems, *British Yearbook of International Law*, 1995, pp. 415-450, páginas 421 y 422.

⁷³ Requete 214/56, Décision du 9 June 1958, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 2 (1958-9), p. 244.

*Application, insofar as it concerns this continuing situation extending after 14th June, 1955, is consequently not inadmissible ratione temporis (...)*⁷⁴.

En el caso *Chipre vs Turquía*, la Comisión Europea, basándose en el artículo 8 del Convenio Europeo (derecho a la vida familiar), concluyó que Turquía, al impedir el regreso de más de 170.000 griegos chipriotas hacia sus hogares en el Norte de Chipre, no había actuado diligentemente y continuaba violando el artículo 8 del Convenio⁷⁵. En el caso *Varnava vs Turquía*, la Gran Sala reconoció expresamente y sin rodeos que la desaparición forzada es un fenómeno que se caracteriza por una situación continuada de incertidumbre e irresponsabilidad en la que existe una falta de información o incluso una intención deliberada de ocultar lo que ha ocurrido. Es una situación que continúa en el tiempo prolongando el sufrimiento de los familiares del desaparecido. La falta de información sobre la suerte y el paradero da lugar a la situación continuada. Por lo tanto, en opinión de la Gran Sala, la obligación procesal de investigar persiste, potencialmente, tanto tiempo como siga sin saberse la suerte y el paradero del desaparecido, y el fracaso continuo de llevar adelante una investigación será considerado como una violación continuada, aún cuando la muerte del desaparecido pueda presumirse⁷⁶.

⁷⁴ Requete 214/56, Décision du 9 June 1958, Yearbook of the European Convention on Human Rights, 2 (1958-9), p. 234.

⁷⁵ Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso Cyprus vs Turkey, informe de la Comisión, 4 de Junio de 1999, para. 205.

⁷⁶ 148. *There is however an important distinction to be drawn in the Court's case-law between the obligation to investigate a suspicious death and the obligation to investigate a suspicious disappearance. A disappearance is a distinct phenomenon, characterized by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability in which there is a lack of information or even a deliberate concealment and obfuscation of what has occurred (see also the definitions of disappearance set out above in II B. International law documents on enforced disappearances). This situation is very often drawn out over time, prolonging the torment of the victim's relatives. It cannot therefore be said that a disappearance is, simply, an "instantaneous" act or event; the additional distinctive element of subsequent failure to account for the whereabouts and fate of the missing person gives rise to a continuing situation. Thus, the procedural obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for; the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a continuing violation (see the fourth inter-State case, § 136). This is so, even where death may, eventually, be presumed*". Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Caso Varnava and others vs Turkey, Sentencia de 18 de septiembre de 2009.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido también a la existencia de situaciones permanentes, en especial relacionadas con desapariciones forzadas de personas. La primera vez que lo hizo fue en el caso *Velásquez Rodríguez vs Honduras*, en el que sostuvo que la desaparición forzada de personas constituía una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención Americana y que el secuestro de una persona era un caso de privación arbitraria de libertad que vulneraba, además, el derecho a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto⁷⁷. La Corte reconoció la relación entre desaparición forzada de personas e impunidad de los responsables al afirmar que la práctica de las desapariciones en Honduras había implicado con frecuencia la ejecución de los detenidos, en secreto⁷⁸, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes los cometieron⁷⁹, lo que significaba una brutal violación del derecho a la vida⁸⁰.

La Corte Interamericana volvió a referirse a la cuestión en el caso *Blake vs Guatemala*. Guatemala había interpuesto la excepción preliminar de incompetencia de la Corte para conocer el caso en virtud de que el reconocimiento de la competencia obligatoria se había hecho exclusivamente para los casos acaecidos con posterioridad a la fecha en que dicha declaración fue depositada en la Secretaría de la Organización de los Estados Americanos, que ocurrió el 9 de marzo de 1987. Como la desaparición y muerte de la víctima se habían producido en 1985, es decir, dos años antes de la aceptación de la competencia de la Corte, Guatemala consideró que la Corte era incompetente. La Comisión Interamericana solicitó rechazar esta excepción porque la demanda se refería a hechos que sucedieron con posterioridad a esa fecha, que la falta de competencia *ratione temporis* no se aplica a los delitos de naturaleza continuada y

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, para. 155.

⁷⁸ La Corte señaló que las desapariciones constituían una forma de represión que se caracteriza por procurar “la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, para. 131.

⁷⁹ El subrayado es mío.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, para. 157.

afirmó que desde su detención por la Patrulla de Autodefensa Civil de El Llano el 28 de marzo de 1985, el señor Blake había tenido la calidad de desaparecido hasta el 14 de junio de 1992, fecha en que sus restos fueron encontrados. Para la Comisión, el efecto continuo de la desaparición se ilustra en el caso por *“el ocultamiento de los restos del señor Blake, el encubrimiento de los autores y cómplices, la total indiferencia y falta de información sobre lo sucedido por parte de las autoridades, y las consecuencias permanentes que esa trágica situación ha producido en los familiares del señor Blake”*⁸¹.

La Corte sostuvo que si bien Guatemala no había aceptado la competencia contenciosa de la Corte al momento de producirse la desaparición de Nicholas Blake, los efectos de ese hecho se habían prolongado de manera permanente hasta el momento en que fue establecido su fallecimiento, fecha para la cual Guatemala ya había reconocido la jurisdicción de la Corte. La Corte señaló que: *“(...) por tratarse de una presunta desaparición forzada, las consecuencias de los mismos hechos se prolongaron hasta el 14 de junio de 1992, pues, según lo expresado por la Comisión en su demanda, existieron por parte de autoridades o agentes del Gobierno conductas posteriores, que en su concepto implican complicidad y ocultamiento de la detención y la muerte del señor Blake, ya que el fallecimiento de la víctima, no obstante que se conocía por parte de dichas autoridades o agentes, no se dio a conocer a sus familiares a pesar de sus gestiones constantes para descubrir su paradero e inclusive se produjeron intentos para desaparecer los restos”*⁸². Sobre esta base, la Corte consideró infundada la excepción preliminar de incompetencia.

En su voto razonado, el juez Antonio Cançado Trinidad afirmó que la existencia de situaciones continuadas ya había sido reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los años sesenta y que el centro de la cuestión no debía recaer en la fecha de aceptación de la jurisdicción de la Corte por parte de Guatemala sino en la naturaleza de las presuntas violaciones de derechos humanos que se habían

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake Vs. Guatemala, Sentencia de 2 de julio de 1996, Excepciones Preliminares, para. 24.

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia de 2 de julio de 1996, Excepciones Preliminares, para. 34.

prolongado en el tiempo. En su opinión, los preceptos del derecho de los tratados no habían evolucionado lo suficiente para asegurar una protección eficaz de los derechos humanos y que, en consecuencia, era necesario avanzar hacia una **humanización** del derecho de los tratados⁸³.

En el caso *Goiburú vs Paraguay*, la Corte Interamericana recordó que la desaparición forzada constituye un hecho ilícito que genera una violación múltiple y continuada de varios derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos y que la responsabilidad del Estado se veía agravada cuando los hechos formaban parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado, dando lugar a un delito de lesa humanidad⁸⁴.

En el caso *Heliodoro Portugal vs Panamá*, los demandantes y la Comisión de Derechos Humanos señalaron que si bien Heliodoro Portugal había sido detenido el 14 de mayo de 1970, su paradero sólo fue conocido con certeza en agosto del año 2000, es decir, más de diez años después de que Panamá hubiese aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte. Agregaron que la naturaleza continua o permanente de la desaparición forzada habilitaba la competencia de la Corte. La Corte recordó que no podía ejercer su competencia y declarar una violación de los derechos de la Convención Americana cuando los hechos alegados que pudieran dar lugar a responsabilidad internacional eran anteriores al reconocimiento de su competencia, pero que sí era competente para conocer los hechos posteriores a dicha fecha o bien aquellos que en esa fecha no hubiesen dejado de existir. Afirmó que en caso de violaciones de carácter continuo o permanente, el principio de irretroactividad no se vería afectado si la Corte asumía su competencia, aún en los casos que hubiesen comenzado antes de la fecha crítica pero que persistiesen después de la misma⁸⁵. La Corte consideró que era competente para pronunciarse sobre la desaparición de Heliodoro Portugal ya que ésta había continuado con posterioridad al 9 de mayo de 1990 (fecha de aceptación de la jurisdicción de la Corte) y se había extendido hasta

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake Vs. Guatemala. Sentencia de 2 de julio de 1996, Excepciones Preliminares. Voto razonado del juez Antonio Cançado Trinidad, paras. 9 y 12.

⁸⁴ Ibid., para 82.

⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Sentencia de 12 de Agosto de 2008, paras. 24 y 25.

agosto de 2000, cuando se identificaron los restos de la víctima⁸⁶. Pero afirmó que no era competente para pronunciarse sobre la muerte del Sr. Portugal ni sobre las torturas de que podría haber sido víctima porque estas violaciones eran de ejecución instantánea ocurridas antes de 1990.

En el caso *Radilla Pacheco vs México*, la Corte volvió a reconocer la validez del principio de irretroactividad de los tratados pero afirmó que del mismo principio y del de *pacta sunt servanda* se desprendía también que desde que un tratado entra en vigor, es exigible a los Estados Partes el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo respecto de todo acto posterior a esa fecha⁸⁷. En opinión de la Corte, aquellos actos continuos o permanentes que persisten luego de la entrada en vigor del tratado respectivo, por sus características pueden generar obligaciones internacionales respecto del Estado parte, sin que ello implique una vulneración del principio de irretroactividad de los tratados. A su vez, la Corte afirmó que el “*el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no se hayan esclarecido*”⁸⁸. La Corte concluyó que las obligaciones de México sólo producían efectos a partir de la fecha en que se había obligado por el tratado, pero que el tratado era aplicable a aquellos hechos que constituían violaciones continuas, es decir, incluso cuando habían tenido lugar antes de la entrada en vigor del tratado pero que persistían aún después de esa fecha, puesto que se seguían cometiendo. En su opinión, una interpretación diferente privaría del efecto útil al tratado lo que traería aparejado consecuencias negativas para las víctimas⁸⁹.

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Sentencia de 12 de Agosto de 2008, para. 35.

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 20.

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 23.

⁸⁹ “Sostener lo contrario equivaldría a privar de su efecto útil al tratado mismo y a la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para las presuntas víctimas en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.” Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs

Por último, en el caso *Gelman vs Uruguay*, la Corte recordó que el carácter continuado o permanente de la desaparición forzada implicaba su permanencia mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se determine con certeza su identidad⁹⁰.

“236. (...) Como ya se ha establecido, por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas, la nueva ley resulta aplicable, sin que ello represente su aplicación retroactiva. En este mismo sentido se han pronunciado tribunales de la más alta jerarquía de los Estados del continente americano al aplicar normas penales en casos relativos a hechos cuyo principio de ejecución comenzó antes de la entrada en vigor del tipo penal respectivo”⁹¹.

Las jurisdicciones nacionales también han argumentado a favor de la naturaleza permanente de la desaparición. Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de Chile, en el caso Sandoval, ha señalado que el delito de desaparición forzada era permanente o continuo por cuanto la acción que lo consumó había creado un estado delictuoso que se había prolongado en el tiempo, subsistiendo la lesión del bien jurídico afectado al no tener noticias ciertas sobre la suerte y el paradero del Sr. Sandoval⁹². Esta incertidumbre tenía como consecuencia la inaplicabilidad de la prescripción de la acción penal porque no aparecía comprobado que el delito hubiese cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la fecha de su muerte, en caso de haber ocurrido ésta⁹³.

Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 24.

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, para. 60.

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, para. 236.

⁹² Segunda Sala de la Excm. Corte Suprema de Justicia de Chile, Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, 28 de mayo de 2004, para. 31.

⁹³ Segunda Sala de la Excm. Corte Suprema de Justicia de Chile, Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, 28 de mayo de 2004, para. 39.

El Comité de Derechos Humanos ha recordado sucesivamente que su competencia se limita a hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y al reconocimiento de su competencia para recibir denuncias de individuos pero ha sostenido también que la acción u omisión del Estado con posterioridad puede ser a su vez violatoria de los derechos reconocidos en el Pacto y por lo tanto habilitar su competencia y analizar si esas acciones u omisiones del Estado efectivamente violaban los derechos reconocidos. En el año 1995, el Comité emitió un dictamen en el que se refirió a las obligaciones que tiene el Estado cuando se está frente a violaciones continuadas de derechos humanos y resultan en sí mismas violaciones independientes del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. En el caso Mónaco de Gallicchio, relativo a la desaparición de Ximena Vicario, el Comité señaló: *"These acts, however, occurred prior to the entry into force of the Covenant and of the Optional Protocol for Argentina on 8 November 1986, (...) and the Committee is not in a position *ratione temporis* to emit a decision in their respect. The Committee could, however, make a finding of a violation of the Covenant if the continuing effects of those violations were found themselves to constitute violations of the Covenant"*⁹⁴. Es decir, ya en 1995 el Comité reconoció que los efectos continuados de las violaciones originarias (y cometidas antes de la entrada en vigor del Pacto) podrían habilitar su competencia si constituyeran en sí mismos violaciones del Pacto. Similares desarrollos encontramos también en la decisión de la Cámara de Derechos Humanos para Bosnia y Herzegovina en el caso *Selimovic y otros contra la República de Serbia* en el que se superan los problemas derivados de la competencia *ratione temporis* y se deja asentado el carácter permanente de la desaparición forzada⁹⁵.

Los desarrollos mencionados son evidencia suficiente para rebatir la postura del Tribunal Supremo en su sentencia en el caso por prevaricación contra el juez Garzón, en donde afirmó que pretender la continuidad del delito luego de pasados

⁹⁴ Mónaco de Gallicchio, on her behalf and on behalf of her granddaughter Ximena Vicario v. Argentina, Communication No. 400/1990, U.N. Doc. CCPR/C/53/D/400/1990 (1995).

⁹⁵ Chamber for Bosnia and Herzegovina, Decision on admissibility and merits, 7 March 2003, The Srebrenica Cases. (49 applications), para. 169, disponible en <http://www.hrc.ba/database/decisions/CH01-8365%20Selimovic%20Admissibility%20and%20Merits%20E.pdf>

tantos años era una ficción contraria a la lógica jurídica. Los instrumentos internacionales y la jurisprudencia son constantes en el reconocimiento del carácter permanente y esta interpretación cuenta además con apoyos en la doctrina y así se han expresado varios expertos de derecho internacional público en una carta abierta publicada en “The Guardian” en mayo del año 2010. La carta, firmada entre otros por los profesores Laurence Boisson de Chazournes, James Crawford, Pierre-Marie Dupuy, Marcelo Kohen, Philippe Sands y Gerry Simpson, en defensa de las investigaciones iniciadas por el entonces juez Baltasar Garzón, hace referencia a la irrelevancia internacional de las leyes de amnistía y, de particular importancia, afirma los efectos continuados de las desapariciones forzadas bajo investigación. Estos expertos afirmaron que el proceso iniciado contra Garzón iba en detrimento del Estado de Derecho y era inconsistente con los principios del derecho internacional moderno, en particular, el relativo a que no puede haber impunidad para los responsables de crímenes internacionales⁹⁶. Con relación a los “niños robados” del franquismo y teniendo en cuenta la naturaleza continuada de la desaparición forzada, los ahora adultos tienen derecho a conocer su verdadera identidad y a asegurar el castigo de los responsables por el engaño continuado⁹⁷.

La naturaleza permanente o continuada del delito de desaparición forzada junto con la noción de indivisibilidad de la figura podría acarrear eventualmente responsabilidad del Estado español al no cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de protección de los derechos humanos. El artículo 14 (2) del proyecto de responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos se refiere a las obligaciones del Estado frente a violaciones que tienen carácter continuado. El artículo afirma que en estos casos la violación de la obligación se extiende *“durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la*

⁹⁶ “An Open Letter Regarding Judge Garzón and ‘Continuing Crimes’”, Prof Laurence Boisson de Chazournes University of Geneva, Prof James Crawford University of Cambridge, Prof Pierre-Marie Dupuy and Prof Marcelo Kohen Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva, Ken Macdonald QC Former DPP, Paul Reichler Foley, Hoag & Eliot, Washington DC, Prof Philippe Sands QC University College London, Prof Gerry Simpson University of Melbourne, Ambassador Alberto Szekely Mexican member, Permanent Court of Arbitration, disponible en <http://opiniojuris.org/2010/05/31/an-open-letter-regarding-judge-garzon-and-continuing-crimes/>

⁹⁷ Burbidge, Peter, Waking the dead of the Spanish Civil War, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2001, p. 753-781, página 770.

obligación internacional". La Comisión de Derecho Internacional, en su explicación de este artículo aclara que la consumación o la continuidad de un hecho ilícito dependerán de la obligación primaria y de las circunstancias del caso y cita como caso paradigmático de un hecho continuado a la desaparición forzada, remitiéndose al caso *Blake* decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es más, la Comisión afirma que en materia de desaparición forzada de personas, el hecho ilícito continuado cesa cuando el cadáver de la persona es entregado a sus familiares⁹⁸. Por lo tanto, los familiares podrían ejercitar sus derechos argumentando la naturaleza continuada o permanente de la desaparición forzada hasta que no se determine la suerte o el paradero de la persona desaparecida y, eventualmente, se entreguen sus restos mortales para darles digna sepultura.

V.III. La ley de Amnistía de 1977

La ley de amnistía garantizó por un lado la impunidad de los responsables de violaciones de derechos humanos y por otro, ha sido utilizada como una justificación para impedir cualquier intento de investigación judicial sobre los crímenes del franquismo. En su sentencia en el caso por prevaricación contra Garzón, el Tribunal Supremo recordó que la ley de amnistía era un obstáculo para la investigación de los crímenes cometidos por el régimen franquista. Los jueces nacionales competentes han seguido la línea afirmada por el Supremo y recurrido de manera constante a la ley de 1977 como justificación del archivo de causas relacionadas con personas desaparecidas como consecuencia de la guerra civil. Esta situación sería incompatible con el derecho internacional actual y con las obligaciones asumidas por España en virtud de la Convención Internacional de 2006 sobre desapariciones forzadas que reconoce, entre otras, la obligación de los países de investigar los casos de desapariciones forzadas y el facilitar y promover el derecho a la verdad de las víctimas y sus familiares.

⁹⁸ Proyecto de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, texto del proyecto de artículos con sus comentarios, aprobado por la Comisión en su 53º período de sesiones, 2001, página 134.

Una buena parte de la doctrina afirma la ilegitimidad en derecho internacional de las amnistías generales⁹⁹, en especial cuando están referidas a violaciones graves a los derechos humanos, como son el genocidio o los crímenes contra la humanidad¹⁰⁰, porque fomentan la impunidad y ponen en riesgo el ejercicio de los derechos de las víctimas a la reparación y la verdad. Louis Joinet, ya en el año 1985 sostuvo que las torturas, las desapariciones forzadas y las ejecuciones sumarias podrían constituir un crimen contra la humanidad y que en esos casos las leyes de amnistía no podían aplicarse¹⁰¹. En estos casos, existiría un deber de perseguir, nacional o internacionalmente a los responsables¹⁰². Bassiouni señala que la rendición de cuentas es la antítesis de la impunidad, que puede ocurrir de facto o a través de la adopción de leyes de amnistías. En su opinión, la amnistía es esencialmente un acto de perdón concedido por los gobiernos respecto de crímenes que afectan el interés público pero advierte que ese poder de perdonar, cuando se trata de crímenes como el genocidio o contra la humanidad o torturas, no corresponde al gobierno sino a las víctimas¹⁰³. Algunos autores sugieren que el proceso de reconocimiento de los abusos del pasado, el descrédito de los responsables y el desafío a las amnistías contribuyen a la construcción de una conciencia sobre los errores del pasado y sirve al mismo tiempo para recordar a la sociedad en su conjunto los límites de las acciones de los

⁹⁹ Roht-Arriaza, Naomi, State Responsibility to Investigate And Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law, *California Law Review*, Vol. 78, 1990, página 485; Ambos, Kai, Impunity and International Criminal Law: A Case Study on Colombia, Peru, Bolivia, Chile and Argentina, *Human Rights Law Journal*, Vol. 18, 1997, pp. 1-15, página 7; Valencia Villa, Hernando, La española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional, página 195, en Ripol Carulla, Santiago (Dir) y Villán Durán, Carlos (Dir), *Justicia de transición: el caso de España*, Resultats de Recerca 2/2012, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2012, pp. 244

¹⁰⁰ Burbidge, Peter, Waking the dead of the Spanish Civil War, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2001, p. 753-781.

¹⁰¹ Study on Amnesty Laws and their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights, Preliminary Report by Mr. Louis Joinet, Special Rapporteur, U.N. Commission on Human Rights (Provisional Agenda Item 9(a)), U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/16, 1985, página 17. En el mismo sentido se ha expresado Roht Arriaza para quien en estos casos la leyes de amnistía internas no encuentran justificación política ni jurídica. Roht-Arriaza, Naomi, State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law, *California Law Review*, Vol 78, 1990, pp. 449-514, página 485.

¹⁰² Bassiouni, Cherif, Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Num. 4, 1996, pp. 9-28, página 18.

¹⁰³ Bassiouni, Cherif, Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Num. 4, 1996, pp. 9-28, página 19.

gobiernos¹⁰⁴. Orentlicher va más allá porque sostiene que los Estados que fracasan en la punición de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos violan obligaciones del derecho internacional consuetudinario¹⁰⁵.

Para Mallinder, las amnistías pueden estar destinadas a reconocer reparaciones para aquellas personas que han sufrido detenciones ilegales por sus convicciones políticas o religiosas. En estos casos, las amnistías tienen por objetivo restaurar la dignidad de esas personas y no presentan ningún problema para el derecho internacional. Las que sí los causan, por el contrario, son aquellas destinadas a proteger o evitar la persecución de responsables de graves violaciones a los derechos humanos. En estos casos, una reparación plena debe permitir no sólo la derogación de dicha ley sino también ofrecer a las víctimas compensaciones económicas, mecanismos para la determinación de la verdad sobre lo acontecido y el recuerdo de lo sucedido en la memoria colectiva¹⁰⁶.

Una parte de la doctrina sostiene, sin embargo, la legalidad de las amnistías y suele recurrir al artículo 6 (5) del Protocolo II a los Convenios de Ginebra en el que se estipula que: *“At the end of the hostilities, the authorities in power shall endeavour to grant the broadest possible amnesty to persons who have participated in the armed conflict, or those deprived of their liberty for reasons relating to the armed conflict, whether they are interned or detained”*. Sin embargo, el propio Comité Internacional de la Cruz Roja ha emitido un informe en el que afirma que lo que busca este artículo es no punir a aquellos que han actuado en el legítimo ejercicio de sus derechos durante las hostilidades pero que en ningún caso pretende autorizar leyes cuyo objetivo es extinguir la acción penal a quienes han violado el derecho internacional¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Falk, Richard. 2006. Reparations, International Law, and Global Justice, p. 498 in Pablo de Greiff (ed), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press.

¹⁰⁵ Orentlicher, Diane, Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime, *Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, página 2540.

¹⁰⁶ Mallinder, Louise, Can Amnesties and International Justice be Reconciled? *International Journal of Transitional Justice*, 2007, Vol. 1 (2). pp. 208-230, página 215.

¹⁰⁷ Letter of the ICRC Legal Division to the ICTY Prosecutor of 24 November 1995 and to the Department of Law at the University of California of 15 April 1997. En el mismo sentido Naqvi, Yasmin, Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition, *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, September 2003, pp. 583-626, página 604.

El Profesor Antonio Remiro Brótons niega efectos extraterritoriales a las leyes de amnistía y punto final cuando se trata de crímenes internacionales y que en el caso *Furundzija* el Tribunal para la ex Yugoslavia había considerado que un Estado que amnistiaba a los responsables de torturas comprometía su responsabilidad internacional y generaba la obligación de terceros Estados a no reconocerla¹⁰⁸. Según esta interpretación, el uso de este tipo de medidas para exonerar de responsabilidad a los criminales a nivel nacional no tendría efectos en los tribunales de un tercer Estado¹⁰⁹, haciéndolas inoponibles frente a los tribunales de otros Estados. Un ejemplo de ello lo constituye el recurso a la jurisdicción universal para juzgar en España a represores de la última dictadura militar argentina o la querella presentada en Argentina en relación con los crímenes del franquismo.

A continuación analizaré la compatibilidad de las leyes de amnistía con los instrumentos internacionales específicos en materia de desaparición forzada de personas y con el desarrollo en los tribunales internacionales para luego exponer los efectos que ha tenido la ley de amnistía española en los derechos de los familiares de las personas desaparecidas.

a. Las amnistías en los instrumentos internacionales sobre desaparición forzada

La Declaración de Naciones Unidas del año 1992 recogió expresamente la prohibición de las amnistías en caso de desapariciones forzadas de personas y su artículo 18.1 rechaza su uso o el de cualquier otra medida análoga¹¹⁰ que tenga por

¹⁰⁸ Remiro Brótons, Antonio, Crímenes internacionales, jueces estatales, *Política Exterior* Nº 134 - marzo-abril 2010, página 61. Sobre el caso *Furundzija* véase *Prosecutor v. Anto Furundzija*, Trial Chamber, Judgment, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case No.: IT-95-17/1-T, Date: 10 December 1998, párrafos 155 y ss.

¹⁰⁹ Open Letter: International law and Judge Garzón, *The Guardian*, 31 May 2010. Signatories: Prof. Laurence Boisson de Chazournes, Prof. James Crawford, Prof. Pierre-Marie Dupuy, Prof. Marcelo Kohen, Prof. Ken Macdonald, Paul Reichler, Prof. Philippe Sands, Prof. Gerry Simpson, Ambassador Alberto Szekely.

¹¹⁰ Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. “Los Derechos Civiles y Políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias”. E/CN.4/2006/56, 27 de diciembre de 2005.

efecto exonerar a los responsables de las desapariciones forzadas de la sanción penal. Para el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas, esas “otras medidas análogas” que equivalen en sus efectos a las leyes de amnistía pueden ser: a) Suspender o cesar la investigación de una desaparición porque no se hubiese logrado, o no fuera posible, identificar a los posibles responsables, en violación del párrafo 6 del artículo 13 de la Declaración; b) Condicionar el derecho de la víctima a la verdad, la información, la reparación, la rehabilitación o la indemnización a que retire la acusación o se perdone a los presuntos responsables de la desaparición; c) Disponer prescripciones en breve plazo o aun cuando se siga cometiendo el delito de desaparición, dada la naturaleza permanente del delito, en violación de los artículos 4 y 17 de la Declaración; d) Disponer cualquier prescripción, dado que la práctica de la desaparición constituye un delito de lesa humanidad; e) Procesar a los responsables con la intención de absolverlos o imponerles sanciones insignificantes, lo cual equivaldría de hecho a impunidad. En relación con este último punto, la Declaración excluye el uso de toda jurisdicción que no se la de derecho común y en especial la jurisdicción militar para juzgar a los responsables (artículo 16.2)¹¹¹.

La Convención Interamericana (1994), por su parte, no prohíbe expresamente las amnistías y no hace mención alguna a ellas, distanciándose así de lo que establecía la Declaración de 1992. Sin embargo, en opinión de algunos autores, el hecho de haber calificado a la desaparición forzada como crimen contra la humanidad en el texto de la Convención Interamericana traería aparejado la consecuencia de la inaplicabilidad de las amnistías¹¹², tal y como hemos visto en el capítulo I de esta tesis. La Convención Interamericana contiene, por otra parte, una serie de medidas destinadas a reconocer el carácter inderogable de la prohibición de la desaparición porque los Estados partes se comprometen a no practicarla ni permitirla incluso en estado de emergencia, excepción o suspensión de las garantías individuales. Además, ningún tipo de

¹¹¹ Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias. “Los Derechos Civiles y Políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las Desapariciones y las Ejecuciones Sumarias”. E/CN.4/2006/56, 27 de diciembre de 2005.

¹¹² Brody, Reed, and González, Felipe, “Nunca Más: An Analysis of International instruments on “Disappearances””, *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, Num. 2, 1997. En el preámbulo encontramos la mención de que la práctica sistemática de las desapariciones forzadas representaba un crimen contra la humanidad.

justificación podría servir, en consecuencia, como excusa para la práctica de las desapariciones (artículo X) ni la obediencia debida podrá ser admitida como eximente de responsabilidad (artículo VIII). El artículo 9 del Anteproyecto de 1998, por su parte, resume ambas disposiciones y por un lado establece que ninguna orden, sea esta de autoridad civil o militar puede ser invocada para justificar una desaparición forzada y que, por lo tanto, toda persona que reciba una orden en ese sentido tiene el deber de no obedecerla. Por el otro lado, el artículo 17 prohíbe el uso de ninguna medida de amnistía u otras medidas análogas que tengan por efecto exonerar a los responsables de cualquier procedimiento o sanción penal.

Por último, la Convención Internacional de 2006, al igual que la Interamericana, no prohíbe expresamente el uso de amnistías para excluir de responsabilidad a los responsables del crimen de desaparición forzada de personas. Durante los *travaux préparatoires*, las delegaciones italiana y cubana lamentaron la falta de inclusión de una disposición en este sentido mientras que la de Canadá declaró que el artículo 7, apartado a) del párrafo 2¹¹³ de la Convención Internacional de 2006 no podía interpretarse de manera tal que las circunstancias atenuantes equivalieran de hecho a una amnistía o permitieran la impunidad de los responsables de la desaparición forzada, quienes deben ser castigados de manera adecuada, teniendo en cuenta la gravedad del delito¹¹⁴.

El Grupo de Trabajo en un comentario general sobre el artículo 18 de la Declaración de 1992 y en un informe del año 2005 afirmó que era necesario erradicar la cultura de la impunidad de la que disfrutaban los perpetradores de desapariciones forzadas o involuntarias y que era imprescindible “*el procesamiento de todas las personas acusadas de haber cometido actos de desaparición forzada con garantías de que se efectúe ante tribunales civiles competentes y procurando que no se acojan a*

¹¹³ “a) Circunstancias atenuantes, en particular para los que, habiendo sido partícipes en la comisión de una desaparición forzada, hayan contribuido efectivamente a la reaparición con vida de la persona desaparecida o hayan permitido esclarecer casos de desaparición forzada o identificar a los responsables de una desaparición forzada”

¹¹⁴ Informe del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, encargado de elaborar un proyecto de instrumento normativo jurídicamente vinculante para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, E/CN.4/2006/57, 2 de febrero de 2006, para. 112.

ninguna ley especial de amnistía o medidas análogas que puedan eximirlos de acciones o sanciones penales”¹¹⁵. En el mismo sentido se ha expresado el Secretario General de las Naciones Unidas en un informe al Consejo de Seguridad relacionado con la ley de amnistía adoptada en Sierra Leona: “(...) *los acuerdos de paz aprobados por las Naciones Unidas nunca pueden prometer amnistías por crímenes de genocidio, de guerra, o de lesa humanidad o infracciones graves de los derechos humanos (...)*”¹¹⁶.

A nivel nacional, las Constituciones de algunos países contienen incluso disposiciones que prohíben el uso de amnistías frente a crímenes considerados de lesa humanidad. A modo de ejemplo:

La Constitución de Venezuela señala en su Artículo 29 que

“El Estado estará obligado a investigar y sancionar legalmente los delitos contra los derechos humanos cometidos por sus autoridades. Las acciones para sancionar los delitos de lesa humanidad, violaciones graves de los derechos humanos y los crímenes de guerra son imprescriptibles. Las violaciones de derechos humanos y los delitos de lesa humanidad serán investigados y juzgados por los tribunales ordinarios. Dichos delitos quedan excluidos de los beneficios que puedan conllevar su impunidad, incluidos el indulto y la amnistía.”

La Constitución de Ecuador, en su artículo 80 señala:

“Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. Ninguno de estos casos será susceptible de amnistía. El hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que la ordenó ni al subordinado que la ejecutó”.

¹¹⁵ Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, E/CN4/2005/65, 23 de diciembre de 2004, paras 375 y 377. El subrayado es mío.

¹¹⁶ Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas “El Estado de derecho y justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos”, UN Doc. S/2004/616, de 3 de diciembre de 2004, para. 10.

La Constitución de Colombia, en su Artículo transitorio 30 dispone:

“Autorízase al Gobierno Nacional para conceder indultos o amnistías por delitos políticos y conexos, cometidos con anterioridad a la promulgación del presente Acto Constituyente, a miembros de grupos guerrilleros que se reincorporen a la vida civil en los términos de la política de reconciliación. Para tal efecto el Gobierno Nacional expedirá las reglamentaciones correspondientes. Este beneficio no podrá extenderse a delitos atroces ni a homicidios cometidos fuera de combate o aprovechándose del estado de indefensión de la víctima”.

b. Las amnistías en la jurisprudencia internacional

Si los instrumentos internacionales se muestran vacilantes al momento de impedir la aplicación de leyes de amnistías a los responsables de las desapariciones forzadas, los tribunales internacionales, y en especial la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han encargado de disipar cualquier duda al respecto. Por ejemplo, en la sentencia *Barrios Altos vs Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que eran inadmisibles las disposiciones de amnistía que pretendan impedir la investigación y sanción de responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias y las desapariciones forzadas, por tratarse de derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos¹¹⁷. En el caso particular de Perú, la Corte afirmó que las leyes de auto-amnistía adoptadas por el gobierno de facto de Perú dejaban indefensas a las víctimas, perpetuaban la impunidad y eran manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana.¹¹⁸ En los casos *Almonacid Arellano vs. Chile*, *Masacre de las Dos Erres* y *Gomes Lund (Guerilha do Araguaia)* la Corte volvió a analizar la cuestión y agregó que la incompatibilidad de la leyes de amnistía con la Convención Americana de Derechos Humanos no se restringía

¹¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, para. 41.

¹¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001, para. 43.

a las denominadas auto-amnistías y que esto era así porque, en lugar de prestar atención al proceso de adopción y a la autoridad que la emitió, se prestaba atención a su *ratio legis*: dejar sin castigo graves violaciones de derechos humanos¹¹⁹. En el caso *Almonacid Arellano*, la Corte afirmó que aún si la ley de amnistía no había sido utilizada por los tribunales chilenos recientemente, su propio mantenimiento y existencia como legislación vigente era contrario a la letra y espíritu de la Convención Americana y una violación del artículo 2¹²⁰. Agregó que si el poder legislativo no cumplía con su obligación de derogar ese tipo de leyes, el poder judicial tenía la obligación de no aplicarlas porque son violatorias de la Convención Americana, de lo contrario, el Estado incurre en responsabilidad internacional. **La Corte reconoció que los jueces deben respetar y aplicar su derecho interno pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, los jueces están obligados a velar porque los efectos de las disposiciones del tratado no se vean mermados como consecuencia de la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin; esto es lo que la Corte denomina el control de convencionalidad**¹²¹.

La validez de las amnistías en caso de violaciones graves a los derechos humanos fue analizada nuevamente por la Corte Interamericana en relación con Uruguay en el caso *Gelman*. Es preciso recordar sobre el caso que el 22 de diciembre de 1986 el Parlamento uruguayo aprobó la Ley de Caducidad por la que, con la intención de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, declaraba caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales. En 1988, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay reconoció la constitucionalidad de

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2006, párrafo 41; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Masacre de las Dos Erres, Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 129; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párrafo 175.

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2006, paras. 121 y 122.

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2006, para. 124.

dicha ley.¹²² En 1989, un grupo de ciudadanos y familiares de desaparecidos obtuvo la cantidad de firmas necesarias para solicitar un referéndum sobre la anulación de la ley; sin embargo, la propuesta fue rechazada por 57,6% en contra frente al 42,4% a favor.

En el caso *Gelman vs Uruguay*, la Comisión Interamericana alegó en su informe que la ley de amnistía uruguaya había impedido a los familiares de la víctima ser oídos por un juez, violando así el derecho a la protección judicial e impedido la investigación, captura, procesamiento y condena de los responsables de los hechos. Por otra parte, la aprobación de la Ley de Caducidad con posterioridad a la fecha de ratificación de la Convención Americana significaba que Uruguay no había cumplido con la obligación de adaptar su legislación tal y como lo dispone su artículo 2. La Comisión agregó que Uruguay no sólo no había anulado la ley de amnistía sino que tampoco había ofrecido un recurso que permitiera reanudar las actuaciones judiciales archivadas¹²³.

La Corte sostuvo que la ley de amnistía era incompatible con la Convención Americana y que no podía continuar representando un obstáculo para la investigación de los hechos¹²⁴. La sentencia es interesante además a efectos comparativos, porque la Corte rechazó el carácter intocable de la ley por el hecho de haber sido adoptada democráticamente e incluso confirmada por referéndum. La Corte dijo:

“238. El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones

¹²² Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Caso Detta, Josefina; Menotti, Noris, Martínez, Federico; Musso Osiris; Burgell, Jorge, s/ inconstitucionalidad de la ley 15848, Arts. 1, 2, 3 y 4, sentencia N° 112/87, resolución de 2 de mayo de 1988.

¹²³ Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2011, para. 140.

¹²⁴ *“Dada su manifiesta incompatibilidad con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay”.* Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2011, para. 232.

no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional”¹²⁵.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido menos oportunidades de pronunciarse sobre la validez de las leyes de amnistía pero en el año 2004, en el caso *Abdülşamet Yaman vs Turkey* consideró que los crímenes como la tortura eran imprescriptibles y que no se debían permitir amnistías o perdones al respecto¹²⁶. Similar postura sostuvo en el caso *Yesil et Sevim vs Turkey*¹²⁷, de 2007 y *Yeter vs Turkey* de 2009¹²⁸. En el caso *Ould Dah vs France* reconoció que estas leyes eran incompatibles con la obligación de los Estados de investigar las violaciones graves a los derechos humanos¹²⁹. El Tribunal sostuvo: *“A n'en pas douter, écarter cette législation au profit de décisions ou de lois de circonstance adoptées par l'Etat du lieu des infractions, agissant pour protéger ses propres ressortissants ou, le cas échéant, sous l'influence directe ou indirecte des auteurs de ces infractions, en vue de les disculper, conduirait à paralyser tout exercice de la compétence universelle, et réduirait à néant le but poursuivi par la Convention du 10 décembre 1984. A l'instar du Comité des droits de l'homme des Nations Unies et du TPIY, elle considère que l'amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu'ont les États d'enquêter sur de tels actes”*.

El Tribunal para la ex Yugoslavia, en el caso *Furundzija* afirmó también la inaplicabilidad de las leyes de amnistía cuando estamos en presencia de crímenes contra la humanidad: *“The fact that torture is prohibited by a peremptory norm of international law has other effects at the inter-state and individual levels. At the inter-*

¹²⁵ Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2011, para. 238.

¹²⁶ *“The Court further points out that where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an “effective remedy” that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible. European Court of Human Rights”, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Case of Abdülşamet Yaman v. Turkey, Sentencia de 2 de Noviembre de 2004, para. 55.*

¹²⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Case Yesil et Sevim vs Turquie, Sentencia de 5 de Junio de 2007.

¹²⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Case of Yeter v. Turkey, Sentencia de 13 de enero de 2009, Application No. 33750/03, para. 70.

¹²⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Case of Ould Dah c. France, Sentencia de 17 March 2009, página 17.

*state level, it serves to internationally de-legitimise any legislative, administrative or judicial act authorizing torture. It would be senseless to argue, on the one hand, that on account of the jus cogens value of the prohibition against torture, treaties or customary rules providing for torture would be null and void ab initio, and then be unmindful of a State say, taking national measures authorising or condoning torture or absolving its perpetrators through an amnesty law. If such a situation were to arise, the national measures, violating the general principle and any relevant treaty provision, would produce the legal effects discussed above and in addition would not be accorded international legal recognition. Proceedings could be initiated by potential victims if they had locus standi before a competent international or national judicial body with a view to asking it to hold the national measure to be internationally unlawful; or the victim could bring a civil suit for damage in a foreign court, which would therefore be asked inter alia to disregard the legal value of the national authorising act".*¹³⁰

La Corte Africana de Derechos Humanos también se ha referido a la cuestión y ha señalado que la prohibición de juzgar a los responsables de violaciones graves a derechos humanos a través de la concesión de amnistías promovía la impunidad, cerraba la posibilidad de que dichos abusos se investigaran e impedía que las víctimas tuvieran un recurso efectivo para obtener una reparación¹³¹. Los más altos tribunales nacionales también se han expresado en contra de las amnistías. En el caso Simón, la Corte Supremo de la Argentina señaló que las leyes de amnistía eran leyes *ad hoc* cuya finalidad era evitar la persecución de los responsables de graves violaciones a los derechos humanos y que, por lo tanto, eran contrarias a disposiciones claras y obligatorias del derecho internacional. En consecuencia, toda disposición de derecho interno que pretendiera utilizar amnistías para dejar impunes violaciones graves de derechos humanos debía ser suprimida¹³². La Corte recordó que de la jurisprudencia

¹³⁰ Prosecutor v. Anto Furundzija, Trial Chamber, Judgment, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Case No.: IT-95-17/1-T, Date: 10 December 1998, para. 155.

¹³¹ African Court on Human and People's Rights, Case of Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe, Communication No. 245/02, Decision of 21 May 2006, paras. 211 y 215.

¹³² Corte Suprema de Justicia, Sentencia Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.—causa N° 17.768—, 14 de junio de 2005, para. 23 y 26.

de la Corte Interamericana se desprendía la inadmisibilidad de 1) las disposiciones de amnistía y prescripción, y 2) el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos¹³³. Señaló también que la supresión de las leyes de obediencia debida y punto final debía producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto ese caso, es decir, las desapariciones¹³⁴. Es interesante señalar que ya en el año 1992, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que la aprobación de las leyes de Punto Final (ley 34.492) y Obediencia debida (ley 23.521) por parte del gobierno de la República Argentina era incompatible con el artículo XVIII de la Convención Americana de Deberes y Derechos del Hombre como así también de los artículos 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, al no garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y de los artículos 8 y 25, al no garantizar el derecho de las víctimas a buscar justicia¹³⁵.

En el caso Sandoval, por ejemplo, la Corte Suprema de Chile se refirió a la relación entre desapariciones forzadas y amnistías. El 19 de abril de 1978 el gobierno chileno había aprobado el Decreto Ley 2.191 por el que se concedía una amnistía, en su artículo 1, a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices y encubridores hayan incurrido en ciertos hechos delictuosos durante la vigencia de la situación de estado de sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978. La Sala de la Corte Suprema sostuvo que el delito de desaparición forzada tenía carácter permanente, al seguirse prolongando en el tiempo, y por lo tanto no procedía la aplicación de la amnistía, ya que ésta se refiere a delitos consumados en el período de tiempo señalado, esto es, entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de

¹³³ Corte Suprema de Justicia, Sentencia Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.—causa N° 17.768—, 14 de junio de 2005, para. 30.

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sentencia Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.—causa N° 17.768—, 14 de junio de 2005, para. 31.

¹³⁵ Interamerican Commission on Human Rights, Report N° 28/92, CASES 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 and 10.311, Argentina, October 2, 1992, para. 41 y parte resolutive del informe. Similares argumentaciones fueron señaladas en informes posteriores, por ejemplo el N° 29/92 sobre Uruguay.

1978¹³⁶. A su vez, tampoco procedía la prescripción de la acción penal, pues la acción ilícita no había cesado en sus consecuencias para la víctima, que se encontraba aún desaparecida.

Teniendo en cuenta el marco jurídico internacional, la jurisprudencia y la opinión de la doctrina, ¿es posible entender el mantenimiento de la ley de amnistía en España y el actual recurso a ella para impedir el ejercicio de los derechos de las víctimas de los crímenes cometidos durante la guerra civil? ¿Qué argumentos ha esgrimido el gobierno de España al respecto?

El Comité de Derechos Humanos, que es el órgano encargado de controlar y verificar el cumplimiento de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha tenido oportunidad de analizar la ley de amnistía española a la luz de las disposiciones del Pacto. Es pertinente recordar que el Pacto Internacional no contiene una disposición que prohíba expresamente la adopción de leyes de amnistía, pero se ha interpretado que dicha prohibición puede derivarse del derecho a un recurso efectivo¹³⁷, reconocido en el artículo 2.3(a) del Pacto Internacional. De modo general, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado que las leyes de amnistía son generalmente incompatibles con el deber de los Estados de investigar las violaciones graves a los derechos humanos, de garantizar la libertad a no ser sometido a estos actos en territorio y de garantizar que los mismos no se repitan en el futuro, porque

¹³⁶ “En otras palabras, si bien el Decreto Ley en comento ha señalado expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, el delito de autos comenzó a perpetrarse el siete de enero de mil novecientos setenta y cinco y desde el veintiuno de enero del mismo año no se tuvieron más noticias de la víctima, existiendo certeza de que al diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, fecha de la expiración del plazo contemplado en el artículo 1o. del D.L. 2191, Sandoval Rodríguez no había aparecido y no se tenían noticias de él, ni del lugar donde se encontrarían sus restos, en el evento de haberse producido su muerte, sea ésta provocada por los secuestradores o por otros sujetos, lo que torna inaplicable la amnistía alegada, ya que el secuestro continuaba perpetrándose una vez que expiró el periodo de tiempo cubierto por esta causal de extinción de responsabilidad criminal.” Segunda Sala de la Excm. Corte Suprema de Justicia de Chile, Caso Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, 28 de mayo de 2004, para. 33.

¹³⁷ Nowak, Manfred, The International Covenant on Civil and Political Rights, Gómez Isa, Felipe and de Feyter, Koen (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 706, páginas 137 y 138.

vulneran el derecho a un remedio efectivo¹³⁸. Por ejemplo, en relación con la ley de amnistía uruguaya (Ley de Caducidad), el Comité afirmó que violaba el derecho a un recurso efectivo, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y que además causaba un trato cruel para las familias de las víctimas, todos derechos reconocidos en el Pacto¹³⁹.

En relación con la ley de amnistía española, adoptada con posterioridad a la ratificación del Pacto Internacional por parte de España, el Comité emitió una observación final en las que insistió en que las amnistías eran incompatibles con el Pacto Internacional, que su prohibición era una norma de *ius cogens* e instó a España a considerar su derogación junto con la adopción de una serie de medidas complementarias que tuviesen en cuenta la grave naturaleza de las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura franquista. En este sentido, el Comité recomendó a España la creación de una comisión de expertos independientes encargada de restablecer la verdad histórica sobre las violaciones de los derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura y permitir que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas y, en su caso, indemnizarlas¹⁴⁰. El mantenimiento de la ley podría derivar en una violación actual del Pacto Internacional porque, como hemos visto en esta tesis, la Ley de Amnistía sigue siendo utilizada como justificación para la realización de investigaciones penales, y el constante archivo de las causas sobre desaparecidos decretadas por los juzgados territoriales competentes viene a confirmar que no existe un recurso efectivo para las víctimas.

En su respuesta a la recomendación del Comité de Derechos Humanos, el gobierno de España resaltó la importancia de la ley de amnistía en el proceso

¹³⁸ General Comment by CCPR 20 [44], disponible en <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Gen.Com.nsf/3b4ae2c98fe8b54dc12568870055fbbd/abc751d75e39c69ec125688700532c2e?OpenDocument>

¹³⁹ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: república del Uruguay, UN Doc. CCPR/C/79/Add.19, 5 de mayo de 1993, para. 7 y Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: república del Uruguay, UN Doc. CCPR/C/79/Add. 90, 8 de abril de 1998, Apartado C.

¹⁴⁰ Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, ESPAÑA, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, párrafo 9.

transicional y reafirmó el carácter democrático de la misma al señalar que había contado con el apoyo de las Cortes y de la sociedad española:

*“El Estado español también quisiera resaltar que el Comité está descalificando una decisión respaldada por toda la sociedad española y que contribuyó a la transición a la democracia en España. La citada ley fue una demanda de toda la oposición democrática y fue una de las primeras leyes aprobadas por consenso por las mismas Cortes que aprobaron la Constitución de 1978. Además, no sólo la sociedad española sino también la opinión pública mundial es conocedora y ha respaldado siempre el proceso de transición en España que fue posible, en parte, gracias a dicha ley”*¹⁴¹.

Esta postura ha sido criticada, y a cuya crítica me uno, por los profesores Chinchón Álvarez y Vicente Márquez, para quienes pretender que una medida adoptada por un parlamento democrático fuese siempre lícita, aunque contradijera sus obligaciones internacionales es inaceptable e indefendible jurídicamente¹⁴². Otros autores han afirmado que la ley de amnistía no ampara a los crímenes cometidos durante la guerra civil y la posguerra y que es erróneo considerarla como una justificación para obstaculizar su investigación. Sartorius sostiene que la ley estaba destinada fundamentalmente a amnistiar a los opositores al régimen que estaban cumpliendo condenas y que en ninguna parte de la ley se hace referencia a los delitos cometidos por el régimen, por la simple razón de que sus actividades no eran consideradas como ilegales por las leyes vigentes en aquel momento¹⁴³. Esta interpretación sería compatible con el apartado c) del artículo 1 de la ley por medio del cual se excluye la aplicación de la amnistía a los actos de intencionalidad política que hubiesen supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas. Es evidente que las desapariciones, las ejecuciones extrajudiciales o las torturas suponen violencia grave contra la vida de las personas, por lo que no sería ilógico interpretar

¹⁴¹ Comentarios del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, 13 de enero de 2009.

¹⁴² Chinchón Álvarez, Javier y Lydia Vicente Márquez, La investigación de los crímenes cometidos en la guerra civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del derecho internacional, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (19). pp. 1-43. ISSN 1697-5197.

¹⁴³ Sartorius, Jaime, La ley de Amnistía no ampara al franquismo, *El País*, 15 de marzo de 2010.

que estos hechos podrían no estar cubiertos por la ley, como ha señalado el Comité contra la Tortura¹⁴⁴. Independientemente del alcance de la Ley de Amnistía de 1977, Valencia Villa afirma que las desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales cometidas por el régimen franquista a partir de 1936 no podían ser amnistiadas porque eran delitos graves contra el derecho de gentes ya en aquel momento¹⁴⁵. Otros autores sostienen posiciones similares pero advierten que si bien la persecución de estos delitos sería posible desde el punto de vista teórico por no encontrarse cubiertos por la ley de amnistía, el obstáculo más importante estaría dado desde el punto de vista práctico, porque los responsables han fallecido¹⁴⁶.

El Comité contra la Tortura también ha tenido oportunidad de manifestarse sobre la legalidad de la ley de amnistía española en relación con actos de tortura y desapariciones forzadas cometidos durante la guerra civil y ha expresado que la ley no puede ser un obstáculo para que el Estado disponga de los medios adecuados para esclarecer la suerte de los desaparecidos. El Comité señaló que el enjuiciamiento de los actos de tortura, que incluyen a las desapariciones forzadas, no pueden verse limitados por el principio de legalidad ni la prescripción. En 2009, señaló:

*“Si bien toma nota de que el Estado parte señaló que la Convención contra la Tortura entró en vigor el 26 de junio de 1987, mientras que la Ley de Amnistía de 1977 se refiere a hechos acaecidos con anterioridad a la adopción de dicha ley, el Comité quiere reiterar que, en consideración al arraigado reconocimiento del carácter de jus cogens de la prohibición de la tortura, **el enjuiciamiento de actos de tortura no se debe limitar por el principio de legalidad, ni por el efecto de la prescripción.** El Comité además ha recibido distintas interpretaciones sobre el apartado c) del artículo primero de la Ley de amnistía - que prevé que la amnistía no se aplicará si los actos han "supuesto violencia*

¹⁴⁴ Observaciones finales del Comité contra la Tortura, ESPAÑA, CAT/C/ESP/CO/5, 19 de noviembre de 2009.

¹⁴⁵ Valencia Villa, Hernando, La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional, pp. 185-198, en Ripol Carulla, Santiago (Dir) y Villán Durán, Carlos (Dir), *Justicia de transición: el caso de España*, Resultats de Recerca 2/2012, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2012, pp. 244

¹⁴⁶ Tamarit, Josep, Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español, *Política Criminal*, Volumen 7, Nº 13, Julio 2012, pp. 74-93, páginas 88 y 89.

grave contra la vida o la integridad de las personas" - en el sentido que el mismo excluiría en todo caso la tortura de los delitos amnistiados (artículos 12, 13 y 14).

*El Estado parte debería asegurar que los actos de tortura, que también incluyen las desapariciones forzadas, no sean crímenes sujetos a amnistía. Al respecto, el **Comité alienta al Estado parte a continuar e incrementar sus esfuerzos para ayudar las familias de las víctimas a esclarecer la suerte de los desaparecidos, identificarlos y obtener las exhumaciones de sus restos, siempre que sea posible.** Asimismo, el Comité reitera que, de acuerdo al artículo 14 de la Convención [contra la tortura], el Estado parte debe asegurar la reparación y el derecho a una indemnización a toda víctima de actos de tortura”¹⁴⁷.*

En consecuencia, tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité contra la tortura coinciden en la necesidad de derogar la ley de amnistía e impedir que siga siendo una justificación para evitar la investigación de los crímenes del régimen franquista. Si los tratados deben cumplirse de buena fe¹⁴⁸ y los Estados no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado¹⁴⁹, resulta difícil comprender que el Estado español siga sin adoptar iniciativas oficiales destinadas a investigar estos crímenes ni proveer a los familiares de recursos para obtener una reparación, que en el caso de los desaparecidos consiste en, como mínimo, la búsqueda, identificación y entrega de los restos para darles digna sepultura y poner fin a su duelo. No se busca aquí la condena de los responsables sino un proceso que tenga en consideración a las víctimas y a la sociedad en su conjunto y que esté destinado a un mejor conocimiento de los errores del pasado.

En el juicio por prevaricación contra Baltasar Garzón en el caso de los crímenes del franquismo, el Tribunal Supremo afirmó, sin embargo, que el sistema penal

¹⁴⁷ Observaciones finales del Comité contra la Tortura, ESPAÑA, CAT/C/ESP/CO/5, 19 de noviembre de 2009.

¹⁴⁸ “Artículo 26. “Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

¹⁴⁹ “Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

español no permite la mera investigación de hechos sin la finalidad de imponer una pena a los responsables y que un proceso de este tipo no garantizaría el derecho de defensa en juicio. El Supremo señaló que la satisfacción del derecho a saber las circunstancias en las que habían fallecido los familiares “*en la manera en que se han desarrollado estos denominados juicios de la verdad en otras latitudes*”, aunque era una pretensión razonable, no podía ser sustanciada por el sistema penal debido a que no era el medio que idóneo para atenderla¹⁵⁰ y que el derecho a conocer la verdad histórica no formaba parte del proceso penal y que sólo tangencialmente podía ser satisfecho. Concluyó que la búsqueda de la verdad correspondía al Estado *a través de otros organismos* y debía contar con el apoyo de todas las disciplinas, pero que dicha función no correspondía al juez de instrucción¹⁵¹.

La posibilidad de recurrir al procedimiento penal para canalizar el derecho a la verdad ha sido criticada por el profesor Daniel Pastor, para quien la función del proceso penal es obtener una declaración de culpabilidad y no la determinación de la verdad histórica, que es una rama destinada a los historiadores, que poseen de las herramientas más adecuadas de las que dispone un juez¹⁵². En opinión de Maculan, la experiencia argentina de los juicios por la verdad llevó a una confusión entre la verdad histórica y la verdad judicial porque el objetivo de los juicios excedía las funciones y alcance del proceso penal¹⁵³. Estos juicios han sido caracterizados como híbridos porque para el esclarecimiento de lo sucedido se utilizaban las reglas del procedimiento penal¹⁵⁴. A diferencia de los procesos penales habituales, los juicios por la verdad carecen de la función punitiva del proceso penal y no hay sentencias ni acusados formales. Al contrario, las víctimas están en el centro de la escena y sus

¹⁵⁰ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27/02/2012, página 9.

¹⁵¹ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27/02/2012, páginas 10 y ss.

¹⁵² Pastor, Daniel, ¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?: la experiencia argentina, *Jueces para la Democracia*, 2007, Vol. 59, pp. 95-127.

¹⁵³ Maculan, Elena, Prosecuting International Crimes at National Level: Lessons from the Argentine 'Truth-Finding Trials', *Utrecht Law Review*, Volume 8, Issue 1, January 2012, pp. 106-121, página 115.

¹⁵⁴ Maculan, Elena, Prosecuting International Crimes at National Level: Lessons from the Argentine 'Truth-Finding Trials', *Utrecht Law Review*, Volume 8, Issue 1, January 2012, pp. 106-121, página 114.

testimonios revestían especial importancia para la opinión pública y también para arrojar luz sobre unos hechos (las desapariciones forzadas) que se caracterizan por el secretismo y el silencio¹⁵⁵. Como principio general, Méndez sostiene que la tarea de revelar la verdad sobre lo sucedido en un contexto de violaciones a los derechos humanos corresponde al poder Ejecutivo debido a que la mayoría de los archivos se encontrarán en su poder, y si el Ejecutivo actúa de buena fe, el poder Judicial no tendrá que acudir a cumplir con esa obligación. Pero, en algunos casos, el poder Judicial podrá asumir este tipo de funciones, como sucedió en los juicios por la verdad en Argentina¹⁵⁶.

La sentencia del Supremo en el caso de los crímenes del franquismo ha cerrado definitivamente la vía penal como medio para la investigación de las desapariciones forzadas cometidas durante la guerra civil y la dictadura franquista y para la determinación de la verdad acerca de lo sucedido a esas personas. El Supremo afirmó que eran otros organismos del Estado quienes tenían esa función pero: ¿qué sucede si esos “otros organismos” tampoco actúan? Por ejemplo, el propio Estado español no ha dispuesto de los medios eficaces para el descubrimiento de la verdad, no ha habido investigaciones sobre la suerte de los desaparecidos y la Ley de Memoria Histórica sólo concede al Estado un papel secundario en la investigación e identificación de fosas, como hemos visto en el capítulo anterior. En lugar de adoptar una postura activa, el Estado se ha limitado a conceder subvenciones a los particulares y organizaciones de recuperación de la memoria histórica para la exhumación de fosas, generando así una privatización de estas actividades en menosprecio del derecho internacional. La situación de los familiares de los desaparecidos de la guerra civil y el franquismo ha empeorado con la profunda crisis económica que atraviesa España porque la partida en el presupuesto destinada a estas actividades fue en primer lugar reducida drásticamente en el año 2012 y suprimida de plano en los presupuestos generales para el año 2013. Por último, los recursos a la jurisdicción voluntaria o a las informaciones

¹⁵⁵ Maculan, Elena, Prosecuting International Crimes at National Level: Lessons from the Argentine 'Truth-Finding Trials', *Utrecht Law Review*, Volume 8, Issue 1, January 2012, pp. 106-121, página 114.

¹⁵⁶ Juan Méndez, The Right to Truth, en Christopher Joyner (ed), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Proceedings of the Siracusa Conference, Erès, Toulouse, 1998, pp. 255-278, p. 270 y ss.

de perpetua memoria cuando se refieran a hechos de reconocida importancia reconocidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁵⁷ o a la Ley 20/2011, de 22 de julio, de Registro Civil que dispone la inscripción de la defunción de las personas desaparecidas durante la guerra civil y la represión política posterior son insuficientes porque si bien es cierto que la inscripción de una desaparición podría significar un reconocimiento a las víctimas, no se trataría de una reparación adecuada para ellas y sus familiares.

En los casos de desaparición forzada de personas, la satisfacción como medio de reparación adquiere una especial importancia. En opinión de Manfred Nowak, el Estado tiene la obligación de realizar una investigación exhaustiva, incluida la exhumación, para establecer la suerte y el paradero de la persona desaparecida y que esto puede lograrse a través de la realización de investigaciones penales ordinarias, comisiones de la verdad u otros mecanismos¹⁵⁸. Si no hay otros mecanismos disponibles y si la investigación penal no es posible porque existe una ley de amnistía, como sucede en el caso español, el Estado viola no sólo su deber general de asegurar el respeto de los derechos humanos sino que además el derecho de las víctimas a un recurso efectivo¹⁵⁹ que debe incluir además la posibilidad de obtener una compensación y una rehabilitación lo más completa, en la medida de lo posible¹⁶⁰. El Grupo de trabajo de las Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas ha señalado que una ley de amnistía es contraria a la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas si su aplicación hace cesar la obligación del Estado de investigar y castigar a los responsables, si restringe el derecho de

¹⁵⁷ Artículos 1811, 2002 y 2007 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁵⁸ Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente Manfred Nowak, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002,, para. 88. En el mismo sentido Chinchón Álvarez, Javier, *La obligación internacional del Estado de investigar las violaciones a los Derechos Humanos ocurridas en el pasado*, pp. 26-50, p. 28, en Ripol Carulla, Santiago (Dir) y Villán Durán, Carlos (Dir), *Justicia de transición: el caso de España*, Resultats de Recerca 2/2012, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2012, pp. 244.

¹⁵⁹ Aldana-Pindell, Raquel, In Vindication of Justiciable Victims. Rights to Truth and Justice for State-Sponsored Crimes, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Volume 35, Number 5, November 2002, pp. 1399-1501, página 1425.

¹⁶⁰ General Comment by CCPR 20 [44], disponible en http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Gen_Com.nsf/3b4ae2c98fe8b54dc12568870055fbbd/abc751d75e39c69ec125688700532c2e?OpenDocument

reparación de las víctimas, oculta el nombre de los perpetradores o si sobresee procesos penales o cierra investigaciones contra los presuntos responsables¹⁶¹. Además, las leyes de amnistía y otras medidas similares, al impedir la investigación y el procesamiento de los responsables de violaciones de los derechos humanos pueden también **vulnerar el derecho a la verdad**¹⁶² reconocido expresamente en la Convención Internacional de 2006, de la que España es parte.

Como ha señalado Rosalyn Higgins, toda amnistía debe ser construida de tal manera que no elimine efectivamente u obstaculice el derecho de las familias de las víctimas a saber exactamente lo que sucedió¹⁶³. En España, sin embargo, la verdad sigue siendo esquiva para los familiares de las personas desaparecidas y, tal y como hemos visto con la reciente sentencia del Supremo, la Ley de Amnistía de 1977 es entendida como uno de los obstáculos que impide el inicio de procesos judiciales para poner fin a la impunidad que rodea la situación de los desaparecidos. Como sostiene Capella i Roig, sin embargo, pretender que una ley de amnistía impida investigar las desapariciones forzadas cometidas en España durante la guerra civil revela un

¹⁶¹ “(...) 2. Se considerará que una ley de amnistía es contraria a las disposiciones de la Declaración, aunque haya sido aprobada en referendo o procedimiento de consulta similar, si a consecuencia de su aplicación o implementación se produce directa o indirectamente, alguno o todos estos supuestos: a) Cesar la obligación del Estado de investigar, procesar y castigar a los responsables de las desapariciones, como prevén los artículos 4, 13, 14 y 16 de la Declaración; b) Prevenir, obstaculizar o restringir la concesión en medida suficiente de indemnización, rehabilitación, compensación y reparación por desapariciones forzadas, como establece el artículo 19 de la Declaración; c) Ocultar el nombre de quienes hayan perpetrado una desaparición, violando así el derecho a la verdad y la información que cabe inferir del párrafo 2 del artículo 4 y del artículo 9 de la Declaración; d) Exonerar a quienes hayan perpetrado desapariciones o tratarlos como si no hubieran cometido tales actos y, por consiguiente, no tuvieran la obligación de indemnizar a la víctima, en violación de los artículos 4 y 18 de la Declaración; e) Sobreseer procesos penales o cerrar investigaciones contra presuntos responsables de desapariciones o imponer sanciones insignificantes para que ampare a los responsables el derecho de no ser juzgados dos veces por el mismo delito, lo que de hecho conduciría a la impunidad en violación del párrafo 1 del artículo 4 de la Declaración”. Informe del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas o involuntarias del 2005 (E/CN.4/2006/56), Desapariciones, amnistía e impunidad: Observación general sobre el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

¹⁶² Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, 9 de enero de 2006, doc. E/CN4./2006/91, para 45.

¹⁶³ Higgins, Rosalyn, Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, July 1997, pp. 501-520, página 510.

desconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos¹⁶⁴. Pero aún si aceptásemos por un momento que no puede haber objeto procesal al haber fallecido los responsables de los crímenes del franquismo y por lo tanto no haber posibilidad de obtener una condena, o que los delitos han prescrito o bien porque sobre ellos pesa una ley de amnistía que impide la realización de una investigación, esto no impide en modo alguno el legítimo derecho de los familiares de las personas desaparecidas a saber la verdad sobre lo acontecido, un derecho que debe ser satisfecho por el Estado e incluir los nombres de los responsables y la recuperación de sus cuerpos para darles digna sepultura. Si bien la vía penal puede estar cerrada al haber fallecido los responsables, esto no debe conducir a una situación permanente de indefensión para los familiares, como está ocurriendo en España, con las consecuencias del inexorable paso del tiempo. Y si a nivel interno las vías nacionales se encuentran cerradas definitivamente, existen mecanismos e instancias internacionales que podrían hacer lugar a las reclamaciones de los familiares, declarar el reconocimiento de sus derechos y funcionar como disparadores para el desarrollo futuro de actividades a nivel nacional. El capítulo siguiente está dedicado precisamente al acceso a esos mecanismos internacionales.

¹⁶⁴ Capellà i Roig, Margalida, “Desaparecidos”, ¿hasta cuándo?, *El País*, 13 de septiembre de 2008.

CAPITULO VI. EL RECURSO A LOS MECANISMOS INTERNACIONALES

En la sentencia absolutoria sobre prevaricación contra Baltasar Garzón por pretender investigar los crímenes del franquismo, el Tribunal Supremo de España afirmó que los delitos relacionados con los desaparecidos del régimen franquista no podían ser juzgados por afectar el principio de legalidad, porque habían prescrito y porque sobre ellos existía una ley de amnistía. El Tribunal señaló además que el proceso penal no era el medio idóneo para ejercitar el derecho a la verdad y que las víctimas debían dirigirse a las autoridades competentes, sin especificar ninguna en concreto. Esta decisión ha cerrado definitivamente la vía penal como medio para el reconocimiento de los derechos de las personas desaparecidas y sus familiares y ha sido citada de manera constante por los juzgados territoriales competentes para evitar la apertura de procesos destinados a la exhumación de fosas e identificación y recuperación de restos para darles digna sepultura. Esta situación ha conducido a que la vía judicial penal en España esté cerrada, con la única alternativa de recurrir a los juzgados del contencioso administrativo, con los límites que un proceso de este tipo contiene. A su vez, la Ley de Memoria Histórica es insuficiente porque, entre otras cosas, ha relegado la obligación del Estado a la simple concesión de subvenciones a los particulares y las organizaciones no gubernamentales para llevar adelante actividades de identificación y exhumación de fosas. Como sostiene Tamarit, esa le lleva a que las propias víctimas tengan que ejercitar su derecho a la verdad¹, cuando el derecho internacional reconoce justamente el deber del Estado de poner al servicio de las víctimas todos los mecanismos destinados al conocimiento de la verdad.

La ausencia de una sede judicial para la investigación de los desaparecidos durante la guerra civil ha sido puesta de manifiesto por tres magistrados de la Audiencia Nacional en su voto particular sobre una cuestión de competencia planteada por el juzgado de instrucción Nº 5. Esto podría significar una violación del derecho de acceso a la justicia de las víctimas, tal y como lo reconoce el derecho internacional de

¹ Tamarit Sumalla (coord.), Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal (Madrid: Atelier, 2010).

los derechos humanos. En la opinión de estos magistrados, estas normas obligan al estado español a iniciar una investigación sobre las desapariciones de dos colectivos: por un lado, los *niños secuestrados* en ese período y por otro, de las *“personas defensoras de la legalidad democrática de los que se ignora cuál fue su suerte, siquiera sí y cómo fueron asesinados, dónde se encuentran bárbaramente ocultos sus restos”*². Los jueces advirtieron de que una actitud renuente de la justicia española podría abrir la puerta a la investigación por parte de otras jurisdicciones que se consideren competentes en razón de la gravedad de los crímenes.

Al momento de escribir esta tesis doctoral, el Estado español no ha investigado ni reparado a las víctimas, y las iniciativas existentes no sólo son insuficientes sino también incompatibles con las obligaciones derivadas del derecho internacional asumidas por España, generando una situación permanente de indefensión. Como se muestra en la tabla 7, España ratificó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1976, la Convención contra la tortura en 1987, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas el 24 de septiembre de 2009; son tratados que protegen directa o indirectamente a las personas frente a las desapariciones, les reconocen derechos a los individuos, y si se produce una violación, afirman la obligación del Estado de poner en marcha los recursos efectivos tendientes a su reparación, que debe incluir, siempre que sea posible, la cesación, la restitución, las garantías de no repetición, la satisfacción y la compensación. Como ha afirmado el presidente-relator del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas o involuntarias, Jeremy Sarkin, España debe aclarar dónde y quiénes están en las fosas comunes e insistió sobre el hecho de que las desapariciones forzadas son una violación continua de los derechos humanos y

² Voto particular José Ricardo de Prada Solaesa, Clara Bayarri García, Ramón Sáez Valcárcel, Audiencia Nacional, Pleno Sala de lo Penal, Rollo de Sala 34/2008, Procedimiento ordinario Nº 53/08 del Juzgado Central de Instrucción Nº 5, Cuestión de competencia artículo 23 LECR, 2 de diciembre de 2008, página 16.

que el derecho a la verdad de las víctimas era crucial aún cuando hubiesen transcurrido más de 70 años³.

Tabla 7 Tratados de derechos humanos ratificados por España

Tratado	Fecha de firma	Fecha de ratificación
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	28/09/1976	27/04/1977
Protocolo Opcional al PIDCP		25/01/1985 a
Convención contra la tortura	04/02/1985	21/10/1987
Convenio Europeo contra la tortura	26/11/1987	02/05/1989
Protocolo Opcional a la Convención contra la tortura	13/04/2005	13/04/2006
Convención Internacional desapariciones forzadas	27/09/2007	24/09/2009
Convención Derechos del Niño	26/01/1990	06/12/1990
Protocolo Facultativo a la Convención de Derechos del Niño	28/02/2012	pendiente
Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales	24/11/1977	04/10/1979
Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales	11/05/1994	16/12/1996

Fuente: elaboración propia

Frente a la imposibilidad de obtener una reparación efectiva en el ámbito interno, sea a través de las vías administrativas o judiciales, los familiares de las personas desaparecidas podrían acudir a los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. El acceso de los individuos a este tipo de mecanismos y su derecho de reclamación individual es uno de los mayores logros en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las últimas seis décadas⁴ y no es más una excepción a los canales tradicionales reconocidos por el

³ "España debería aclarar dónde y quiénes están en las fosas comunes", según la ONU, *20 Minutos*, 29/08/2011, disponible en <http://www.20minutos.es/noticia/1144430/0/onu/fosas-comunes/guerra-civil/>

⁴ Cançado Trindade, Antonio Augusto, *The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments*, en K. Vasak *Amicorum Liber - Les droits de l'homme à l'aube du XXIe. siècle*, Brussels, Bruylant, 1999, pp. 521-544, páginas 531 y 532. En el mismo sentido López Martín, Ana Gemma, *La reclamación individual como técnica de control del respeto a los derechos humanos. ¿Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o Tribunal Europeo de Derechos*

derecho internacional⁵. Pastor Ridruejo diferencia entre mecanismos jurídicos internacionales de verificación políticos y jurídicos. Mientras que los primeros se caracterizan por su desarrollo en el marco intergubernamental, se refieren a situaciones genéricas y suelen terminar con un informes sin carácter vinculante, los segundos se caracterizan por: en primer lugar, el procedimiento se inicia por instituciones independientes o no intergubernamentales; en segundo lugar, las denuncias están dirigidas a violaciones concretas de los derechos humanos; y en tercer lugar, si el proceso es jurisdiccional, se termina con una decisión jurídicamente obligatoria; y si no lo es termina con un informe basado en criterios jurídicos pero que constituye una recomendación para el Estado denunciado⁶. Mientras que un ejemplo de los procedimientos políticos es la antigua Comisión de Derechos Humanos⁷ (hoy Consejo de Derechos Humanos), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos son ejemplos de mecanismos jurisdiccionales; un escalón más abajo se encuentran los dictámenes del Comité de Derechos Humanos.

Lógicamente, el recurso a estos mecanismos reviste carácter subsidiario porque es el Estado el principal responsable de proteger los derechos humanos y el órgano internacional sólo interviene cuando las instituciones nacionales no lo han hecho o no han desempeñado sus funciones. Una demostración de la subsidiariedad es que los mecanismos internacionales exigen el agotamiento de los recursos internos como condición de admisibilidad⁸. Por lo tanto, como principio general, el juez natural es el juez nacional. En ausencia de una respuesta en el ámbito nacional, los individuos

Humanos?, en SOROETA LICERAS J., (ed.), *Cursos de Derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Servicio editorial de la UPV, Bilbao, 2005, pp.225-260.

⁵ Steiner Henry, Individual claims in a world of massive violations: what role for the Human Rights Committee?, página 15 en Alston, Philip and Crawford, James (eds), *The future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, 2000, pp. 563

⁶ Pastor Ridruejo, José Antonio, Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 274, 1998, pp. 9-308, páginas 124 y 125.

⁷ Para un análisis de las funciones originarias de la Comisión de Derechos Humanos véase Lauterpacht, Hersch, The International Protection of Human Rights, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 70, 1947, pp. 1-108, páginas 56 a 70.

⁸ Pastor Ridruejo, José Antonio, Master sobre la protección internacional de los derechos humanos, Mayo 2007, A Coruña, página 6 y 8.

pueden acudir al sistema internacional, siempre que se cumplan con los requisitos de admisibilidad.

A continuación analizaré la viabilidad y posibilidades de éxito del recurso a ciertos mecanismos internacionales disponibles para las víctimas de las desapariciones forzadas en España cometidas durante la guerra civil. En primer lugar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del que España es parte; segundo y tercero, a dos Comités cuya competencia para recibir reclamaciones individuales ha sido reconocida por España: me estoy refiriendo al Comité de derechos Humanos y al recientemente creado Comité contra las desapariciones forzadas. Por último, analizaré el ejercicio del principio de jurisdicción universal a la luz de los recientes acontecimientos en la República Argentina.

VI.I. Recurrir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Una alternativa, aunque difícil y sujeta al cumplimiento de una serie de condiciones especiales y que tenga en cuenta la circunstancias de cada caso, sería acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha reconocido el carácter permanente de la desaparición y habilitado excepcionalmente su competencia aún cuando los hechos se hubiesen cometido antes de la entrada en vigor del Convenio siempre que las actividades posteriores del Estado impliquen una violación de las disposiciones del Convenio.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales fue elaborado en el seno del Consejo de Europa y adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Se trató del primer tratado multilateral adoptado en el marco del Consejo de Europa. Entró en vigor el 3 de noviembre de 1953. La adopción del Protocolo 11 otorgó acceso directo al individuo ante el Tribunal Europeo, con total capacidad jurídica⁹, a través del artículo 34 del Convenio y sin necesidad de una declaración expresa del Estado de aceptación de la jurisdicción del Tribunal. Una consecuencia de este acceso

⁹ Cançado Trindade, Antonio Augusto, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium* (I), *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 316, 2005, pp. 9-440, página 303.

de los individuos al sistema europeo es el aumento exponencial en el número de reclamaciones individuales que hasta el año 2005 se elevaban a 41.500. El ingreso de nuevos Estados al Consejo de Europa y la mayor percepción del Tribunal como vía para garantizar los derechos de los individuos han contribuido a semejante aumento¹⁰.

Las reclamaciones en el sistema europeo deben cumplir con los requisitos del actual artículo 35. Básicamente son dos: por un lado, el agotamiento de los recursos internos y por otro el cumplimiento con la regla de los seis meses desde que ha habido sentencia definitiva en el ámbito interno. La lógica detrás de estos requisitos se basa, por un lado, en que la víctima haya intentado obtener reparación a través del juez nacional competente y por el otro, que el Estado haya tenido la oportunidad de remediar la situación ilícita por sus propios medios; en caso contrario, el sistema judicial interno se convertiría en obsoleto, siempre que los recursos internos sean efectivos y adecuados¹¹. El requisito de los seis meses se basa también en la debida diligencia de los individuos al momento de llevar su caso ante una instancia internacional. Sólo en 2011, se presentaron 64.500 demandas nuevas, de la cuales 50.677 fueron declaradas inadmisibles, un 31% más que en el año 2010¹².

Además de los requisitos mencionados, las reclamaciones individuales deben cumplir con otras exigencias formales: a) no deben ser anónimas; b) ni haber sido sometidas a otra instancia de investigación internacional, a menos que contenga nuevos hechos; c) debe ser compatible con las disposiciones del Convenio (por ejemplo, debe estar relacionada con la violación de uno de los derechos reconocidos en el Convenio, debe respetar la competencia *ratione personae* y *ratione materiae*) y no significar un abuso de derecho (por ejemplo, si luego de presentar la demanda el

¹⁰ Remiro Brótons, Antonio; Riquelme Cortado, Rosa; Díez-Hochleitner, Javier; Orihuela Calatayud, Esperanza; y Pérez-Prat Durbán, Luis, *Derecho Internacional*, Curso General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 877, página 757.

¹¹ Golsong, Heribert, Implementation of International Protection of Human Rights, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Tome 110, 1963, pp. 1-152. páginas 112 y 113

¹² European Court of Human Rights, Analysis of Statistics 2011, January 2012, página 4, disponible en http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/11CE0BB3-9386-48DC-B012-AB2C046FEC7C/0/STATS_EN_2011.PDF

actor no provee la información necesaria para el análisis del caso) o estar manifiestamente mal fundamentada¹³.

Como principio general, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene competencia para entender aquellos casos que se hubiesen producido luego de la entrada en vigor del Convenio para el Estado en cuestión¹⁴; es decir, tiene una competencia *ratione temporis* que se deriva del principio internacionalmente reconocido de que los tratados no tienen efectos retroactivos¹⁵, aunque es pertinente recordar que esta excepción no está incluida entre las causas de incompetencia reconocidas en el artículo 35 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales. A pesar de ello, y como acabamos de mencionar, el Tribunal ha afirmado de manera constante su competencia para hechos producidos luego de la entrada en vigor del tratado para el Estado en cuestión.

Cuando los hechos hayan ocurrido completamente antes de la entrada en vigor, el Tribunal rechazará la demanda por inadmisible. Pero cuando estamos en presencia de situaciones continuadas que permanecen en el tiempo surgen las dudas y controversias. En el famoso caso *De Becker vs Bélgica*, del año 1958, la Comisión Europea de Derechos Humanos dejó sentado que si el denunciante alega que está siendo víctima de una situación continuada y tal situación es contraria a las exigencias del Convenio Europeo, la fecha en la que la situación ha sido establecida es indiferente para la aplicación del Convenio. La determinación de una situación continuada tiene a su vez importantes efectos en la práctica porque deja sin efecto la regla de los seis meses desde que la decisión que pone fin a los remedios internos ha sido emitida¹⁶. Sin embargo, la evolución de las situaciones permanente no ha sido pacífica en la jurisprudencia del Tribunal. Al año siguiente de la decisión en el caso *De Becker*, la Comisión afirmó, en el caso *X vs Belgique*, que de acuerdo con los principios de

¹³ Golsong, Heribert, Implementation of International Protection of Human Rights, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Tome 110, 1963, pp. 1-152. páginas 116 y ss.

¹⁴ Requete 214/56, Décision du 9 June 1958, Yearbook of the European Convention on Human Rights, 2 (1958-9), p. 230.

¹⁵ Golsong, Heribert, Implementation of International Protection of Human Rights, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Tome 110, 1963, pp. 1-152. página 106.

¹⁶ Requete 214/56, Décision du 9 June 1958, Yearbook of the European Convention on Human Rights, 2 (1958-9), p. 214.

derecho internacional generalmente reconocidos, la Convención sólo se aplicaba a los hechos posteriores a su entrada en vigor para el Estado demandado. Y agregó que la situación que había dado lugar a la denuncia (la detención del demandante) no se había prolongado hasta una fecha posterior al 14 de junio de 1955, fecha en la que la Convención había entrado en vigor para Bélgica. Por último, sostuvo que la decisión tomada en el caso *De Becker* no debía ser considerada como un principio general sino que debía analizarse para cada caso particular y de acuerdo con las circunstancias especiales de cada caso¹⁷.

Posteriormente, el Tribunal Europeo ha comenzado a reconocer una distinción entre obligaciones sustantivas y procesales derivadas del Convenio Europeo y cuyo cumplimiento podía exigirse al Estado, aún si la violación originaria hubiese comenzado antes de la entrada en vigor del Convenio para el Estado demandado pero cuya violación continuase en el tiempo. Mientras que las obligaciones sustantivas están referidas a la violación *per se* del derecho en cuestión, las procesales están relacionadas con la puesta en marcha de mecanismos internos que aseguren una mejor protección de las personas, incluido la provisión de remedios adecuados en caso de violaciones de derechos¹⁸. Una de esas obligaciones procesales consiste en la obligación de investigar las violaciones a los derechos humanos, ya sea derivada del artículo 2 (derecho a la vida protegido por ley) o del 3 (protección contra trato inhumano) del Convenio Europeo. Las investigaciones deben ser efectivas, rápidas, exhaustivas y conducir a la identificación y castigo de los responsables¹⁹.

El cumplimiento o no de la obligación procesal puede jugar asimismo un papel en la determinación de la violación del derecho sustantivo. Por ejemplo, en el caso *Çakici*, el Tribunal concluyó que la falta de diligencia de las autoridades en la conducción de la investigación sobre la desaparición de Ahmet Çakici había significado

¹⁷ Requete 369/58, Décision du 6 Juillet 1959, Yearbook of the European Convention on Human Rights, 2 (1958-9), página 381.

¹⁸ Akandij-Kombe, Jean-François, Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights. *Human rights handbooks*, Nº 7, página 16.

¹⁹ Akandij-Kombe, Jean-François, Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights. *Human rights handbooks*, Nº 7, página 34.

una violación de la obligación del Estado de proteger el derecho a la vida de esa persona²⁰.

La vertiente procesal de ciertas obligaciones ha permitido al Tribunal Europeo adoptar decisiones que favorecen el ejercicio de los derechos de los familiares de las personas desaparecidas. El Tribunal Europeo afirmó que la esencia de la violación para con ellos no descansaba en la desaparición en sí misma sino en las actitudes de las autoridades una vez que la situación había sido puesta en su consideración. Y que era respecto de esa situación que el familiar podía ser considerado víctima de trato inhumano. Para obtener dicho reconocimiento, los familiares deberán demostrar la existencia de una serie de factores especiales como son la cercanía del vínculo familiar, las circunstancias de la desaparición, la participación del familiar en los intentos por obtener información sobre el desaparecido y la manera en que las autoridades respondieron a esos intentos²¹ (obstruyendo o no cooperando), aunque es importante recordar que no siempre la existencia de estas condiciones implicará el reconocimiento de tal estatus. Esta posición ha sido desarrollada aún más por el Tribunal Europeo en casos posteriores, particularmente en *Varnava vs Turquía* (2009) y *Janowiec vs Rusia* (2012), que serán estudiados a continuación. Ambos casos están referidos a la desaparición de personas en Turquía y Polonia y uno de ellos, por hechos ocurridos en 1940, cuyas conclusiones podrían extenderse, eventualmente, a los desaparecidos de la guerra civil española porque el Tribunal reconoció el derecho a la reparación de los familiares ante la falta de investigación de los hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del Convenio Europeo.

El caso *Varnava* tuvo su origen en las demandas presentadas por nueve personas el 25 de enero de 1990 como consecuencia del conflicto entre Chipre y Turquía y las operaciones militares en el norte de Chipre en julio y agosto de 1974. La demanda se refiere a las desapariciones de las víctimas cuando se encontraban bajo la tutela del gobierno turco y en un ambiente de riesgo para su vida. Es necesario

²⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Çakici vs Turkey, Sentencia de 8 de Julio de 1999, paras. 86 y 88.

²¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Çakici vs Turkey, Sentencia de 8 de Julio de 1999, para. 98.

recordar que en el año 1981 las Naciones Unidas habían creado una Comisión de Personas Desaparecidas cuyo objetivo consistía exclusivamente en la conformación de una lista de personas desaparecidas en ambos bandos y especificar su suerte y, si hubiesen muerto, la fecha del deceso. No tenía como función determinar ningún tipo de responsabilidad. Desde agosto de 2006, la Comisión inició un proyecto de exhumaciones en determinados sitios de entierro con el objetivo de identificar los restos y asegurar su entrega a los familiares. De acuerdo con información facilitada por el gobierno turco, 430 restos habían sido localizados, de los cuales 275 fueron enviados para análisis; desde junio de 2007, 105 cuerpos habían sido identificados; para el 13 de marzo de 2008, 84 expedientes relativos a personas desaparecidas habían sido cerrados; y para la fecha del proceso, el 5% de las personas desaparecidas habían sido identificadas y sus restos entregados a sus familiares²².

En primera instancia el Tribunal decidió, en enero de 2008, que Turquía había incurrido en violación de los artículos 2, 3 y 5 del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales en relación con los demandantes. El 28 de marzo de 2008, Turquía solicitó que el caso fuera remitido a la Gran Sala. En primera instancia, el Tribunal había rechazado su competencia en relación con las violaciones basadas en hechos ocurridos antes de que el gobierno turco hubiese ratificado el protocolo 11 del Convenio (28 de enero de 1987), por el que se acepta la competencia del Tribunal para recibir denuncias individuales.

En el caso de *Chipre contra Turquía*, la Gran Sala había afirmado que las 1485 desapariciones de chipriotas griegos representaban una violación continua del artículo 2 puesto que Turquía no había conducido una investigación efectiva destinada a clarificar el paradero y la suerte de las personas desaparecidas en circunstancias riesgosas para su vida y que, por lo tanto, al tratarse de una violación continuada tenía competencia *ratione temporis* para analizar el caso. El gobierno turco señaló que el argumento de la existencia de una situación continuada no era ni suficiente ni decisivo puesto que la cuestión clave era si existía una obligación del Estado al momento de los hechos sobre los que se basaba la demanda. Como Turquía había ratificado el

²² Tribunal Europeo de derechos Humanos, Gran Sala, Caso Varnava and others vs Turkey, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, para. 87.

protocolo 11 el 28 de enero de 1987, sólo estaba obligada para las situaciones cometidas con posterioridad a esa fecha y por lo tanto, la Gran Sala carecía de competencia *ratione temporis*. Recordó que en el caso *Blecic* la cuestión había quedado zanjada y que la obligación de investigar y proveer un recurso no afectaba la jurisdicción temporal por hechos previos a la ratificación. Por lo tanto, continuó el gobierno turco, no podía haber una disociación entre los hechos originarios de la denuncia y la obligación procesal de proveer un recurso e investigar²³. El gobierno de Chipre, que intervino en el proceso, afirmó que las demandas correspondían a violaciones continuadas que seguían ocurriendo más de 50 años después que Turquía hubiese ratificado el Convenio. Además, las demandas se basaban en hechos cometidos con posterioridad a la fecha de ratificación del protocolo 11 al no llevar adelante una investigación oficial sobre las desapariciones forzadas de personas²⁴.

En el caso *Varnava*, la Gran Sala afirmó que el derecho internacional establece claramente que las disposiciones de un tratado no vinculan a un Estado parte respecto de actos, hechos o situaciones que hayan ocurrido o dejado de existir antes de la entrada en vigor del tratado para ese Estado. En su opinión, la clave consistía en identificar el momento exacto de los hechos denunciados. Turquía había ratificado el Convenio Europeo el 18 de mayo de 1954, aceptado el derecho de petición individual el 28 de enero de 1987 y la jurisdicción del Tribunal el 22 de enero de 1990. El protocolo 11 entró en vigor el 11 de enero de 1998. Turquía, además, había limitado la aceptación de petición individual a los hechos cometidos con posterioridad a dicha declaración; por lo tanto, en opinión de la Gran Sala, no era competente para examinar las denuncias de violaciones cometidas con anterioridad a la fecha crítica²⁵. Sin embargo, la Gran Sala tomó nota de que las denuncias especificaban que sus reclamaciones estaban relacionadas exclusivamente con la situación posterior a la fecha crítica y tenían que ver con la constante imposibilidad de saber el paradero o

²³ Tribunal Europeo de derechos Humanos, Gran Sala, Caso *Varnava and others vs Turkey*, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, paras. 122 y 123.

²⁴ Tribunal Europeo de derechos Humanos, Gran Sala, Caso *Varnava and others vs Turkey*, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, para. 128.

²⁵ Tribunal Europeo de derechos Humanos, Gran Sala, Caso *Varnava and others vs Turkey*, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, para. 133.

situación de sus familiares como resultado de la falta de una investigación efectiva de lo sucedido²⁶.

La Gran Sala afirmó que la desaparición forzada es un fenómeno que se caracteriza por una situación continuada de incertidumbre e irresponsabilidad en la que existe una falta de información o incluso una intención deliberada de ocultar lo que ha ocurrido. Es una situación que continúa en el tiempo prolongando el sufrimiento de los familiares del desaparecido y por lo tanto no es un acto instantáneo. El otro elemento característico es la falta de información sobre la suerte y el paradero, lo que da lugar a la situación continuada. En consecuencia, la obligación procesal persiste, potencialmente, tanto tiempo como siga sin saberse la suerte y el paradero del desaparecido, y el fracaso continuo de llevar adelante una investigación será considerado como una violación continuada, aún cuando la muerte del desaparecido pueda presumirse²⁷. Basada en estas consideraciones, la Gran Sala rechazó la excepción *ratione temporis* interpuesta por Turquía.

Por otra parte, la Gran Sala señaló que el Convenio constituye un sistema de protección de los derechos humanos y garantías fundamentales que debe ser interpretado y aplicado de manera que esos derechos sean practicables y efectivos, no teóricos e ilusorios y que este principio se aplicaba tanto para las disposiciones sustanciales como a las procesales. Pero advirtió que en los casos de desapariciones, los familiares no pueden esperar indefinidamente para acudir al Tribunal y ejercer sus

²⁶ Tribunal Europeo de derechos Humanos, Gran Sala, Caso Varnava and others vs Turkey, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, para. 134.

²⁷ 148. *There is however an important distinction to be drawn in the Court's case-law between the obligation to investigate a suspicious death and the obligation to investigate a suspicious disappearance. A disappearance is a distinct phenomenon, characterized by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability in which there is a lack of information or even a deliberate concealment and obfuscation of what has occurred (see also the definitions of disappearance set out above in II B. International law documents on enforced disappearances). This situation is very often drawn out over time, prolonging the torment of the victim's relatives. It cannot therefore be said that a disappearance is, simply, an "instantaneous" act or event; the additional distinctive element of subsequent failure to account for the whereabouts and fate of the missing person gives rise to a continuing situation. Thus, the procedural obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for; the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a continuing violation (see the fourth inter-State case, § 136). This is so, even where death may, eventually, be presumed".* Tribunal Europeo de derechos Humanos, Gran Sala, Caso Varnava and others vs Turkey, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, para. 148.

derechos ante la falta o ineficacia de una investigación y que además deben probar haber actuado diligentemente y sin retraso indebido²⁸. Agregó que mientras exista un contacto significativo entre los familiares y las autoridades o haya alguna indicación o posibilidad real de progreso en las medidas de investigación, no se generará una situación de falta de investigación efectiva; pero que, por el contrario, si ha habido retrasos significativos, llegará un momento en el que los familiares deberán estar en posición para darse cuenta de que no habrá a nivel nacional una investigación efectiva por parte de las autoridades. Para la Gran Sala, cuando han transcurrido más de 10 años desde la presentación de la actuación a nivel nacional, los demandantes deberán demostrar de manera convincente que el retraso en acudir a ella se debió a que a nivel nacional existía algún tipo de avance²⁹.

En relación con la obligación procesal de llevar adelante una investigación sobre las causas de la muerte de una persona bajo el artículo 2, la Gran Sala afirmó que dicha obligación había evolucionado en su propia jurisprudencia hacia un derecho autónomo y que dicha obligación era separable, independiente y capaz de obligar al Estado, *aún cuando la muerte se hubiese producido antes de la entrada en vigor del Convenio*³⁰. En una demostración del diálogo de jurisdicciones, la Gran Sala agregó que tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el Comité de Derechos Humanos aplicaban la misma posición al examinar casos denegación de justicia o de protección judicial relativos a desapariciones producidas antes del reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal³¹.

²⁸ Tribunal Europeo de derechos Humanos, Gran Sala, Caso Varnava and others vs Turkey, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, paras. 160 y 161.

²⁹ Tribunal Europeo de derechos Humanos, Gran Sala, Caso Varnava and others vs Turkey, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, paras. 165 y 166.

³⁰ Tribunal Europeo de derechos Humanos, Gran Sala, Caso Varnava and others vs Turkey, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, para. 138.

³¹ “147. The Court would emphasise that, as found in *Šilih v. Slovenia concerning the procedural obligation under Article 2 to investigate unlawful or suspicious deaths*, the procedural obligation under Article 2 arising from disappearances operates independently of the substantive obligation. It notes that the Inter-American Court, and to some extent the Human Rights Committee, apply the same approach to the procedural aspect of disappearances (see paragraphs 93-107 above), examining allegations of denial of justice or judicial protection even where the disappearance occurred before recognition of its jurisdiction. Tribunal Europeo de derechos Humanos, Gran Sala, Caso Varnava and others vs Turkey, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, para. 147.

El otro desarrollo importante y reciente del Tribunal Europeo es la sentencia del caso *Janowiec vs Rusia* que reviste especial interés porque los hechos que dieron lugar a la demanda presentaban ciertas similitudes con el caso español y porque se habían producido antes de la redacción del Convenio Europeo, planteando evidentes problemas de competencia *ratione temporis*. Los hechos se refieren a la masacre de Katyn, en la que en el año 1940 habían sido ejecutados y enterrados en fosas comunes cientos de oficiales polacos, sin dar razón de su paradero a los familiares. Las autoridades rusas, a pesar de reconocer su responsabilidad en la década de los 90, obstaculizaron las peticiones de información de los familiares durante mucho tiempo, lo que condujo a los familiares a presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En 1939 la URSS anexionó Polonia y declaró que los 13.5 millones de polacos que allí residían serían desde ese momento ciudadanos soviéticos. El 5 de marzo de 1940, el Comité Central del Partido Comunista de la URSS decidió considerar la utilización de un procedimiento especial y la ejecución de fusilamientos respecto de los 14.700 prisioneros de guerra polacos así como a antiguos propietarios de la tierra, industriales y refugiados que estaban detenidos en las prisiones de Ucrania y Bielorrusia. Los asesinatos tuvieron lugar en abril y mayo de 1940. Entre 1942 y 1943, los primeros trabajadores de ferrocarriles polacos y luego el Ejército alemán descubrieron fosas comunes cerca del bosque de Katyn. Una comisión internacional, formada por expertos forenses de Bélgica, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Holanda, Rumania, Eslovaquia y Suecia realizó trabajos de exhumación, identificó 2.730 cuerpos y concluyó que los soviéticos habían sido responsables de la masacre. En respuesta, las autoridades soviéticas acusaron a los alemanes de haberla cometido ellos porque en 1941 Alemania había tomado control de los prisioneros.

Los demandantes en el caso son el hijo y el nieto de los ciudadanos polacos Andrej Janowiec y Antoni Nawratil, ambos detenidos y ejecutados por las fuerzas soviéticas en 1940. El 22 de marzo de 1990 la oficina del fiscal de distrito de Kharkov abrió, a propia iniciativa, una investigación criminal como consecuencia del

descubrimiento de fosas comunes de ciudadanos polacos en un bosque cercano a la ciudad. El 6 de junio, inició la investigación sobre las desapariciones en mayo de 1940 de los prisioneros de guerra polacos en el campo de Ostashkov. Entre el verano y el otoño de 1991, especialistas rusos y polacos llevaron adelante las exhumaciones de los cuerpos enterrados en Kharkov, Menoye y Katyn. El 14 de octubre de 1992 el presidente ruso Yelstin reveló que los oficiales polacos habían sido sentenciados a muerte por Stalin y el Partido Comunista. El 21 de septiembre de 2004, sin embargo, la oficina del fiscal militar decidió discontinuar el caso (número 159), aparentemente bajo el argumento de que los responsables del crimen habían ya fallecido. Dicha decisión fue clasificada como de alto secreto. El 4 de diciembre de 2004 los denunciadores solicitaron al fiscal la entrega de los documentos sobre el procedimiento de ejecución de sus familiares y los documentos personales de Janowiec y Nawratil. El 10 de febrero de 2005 el fiscal respondió que los familiares habían sido incluidos en la lista de prisioneros ejecutados y que no disponía de información adicional sobre ellos. Además, informó que los documentos sobre el procedimiento sólo podían ser entregados a las víctimas oficialmente reconocidas o sus representantes y que como los demandantes no habían sido reconocidos como tales por las autoridades rusas no podían acceder a ellos. El 28 de agosto de 2008 los demandantes presentaron una denuncia contra la decisión del fiscal ruso de discontinuar el caso y argumentaron que al no haber sido reconocidos como víctimas no podían hacer peticiones ni acceder a los materiales del caso ni recibir copias de las decisiones. Afirmaron también que la investigación no había sido efectiva porque no se les habían extraído pruebas biológicas para identificar los restos humanos exhumados. El 14 de octubre, la Corte militar de Moscú rechazó la petición y señaló que la investigación sobre Katyn no había logrado establecer la suerte de los familiares de los denunciadores.

En su demanda ante el Tribunal Europeo, los solicitantes sostuvieron que las autoridades rusas no habían cumplido con la obligación procesal que se deriva del artículo 2 del Convenio Europeo que exige la conducción de una investigación efectiva y adecuada sobre la muerte de sus familiares. Si bien reconocieron que la masacre de Katyn caía fuera de la competencia del Convenio y que el Tribunal no era competente *ratione temporis* para analizar su aspecto sustancial, el Tribunal sí era competente para

analizar la observancia de Rusia de la obligación procesal para con los familiares de llevar adelante una investigación efectiva derivada del artículo 2 del Convenio³². Los demandantes manifestaron que el Tribunal era competente para analizar su petición porque una parte significativa de las actividades procesales sobre la investigación de la masacre de Katyn había sido realizada con posterioridad a la fecha de ratificación del Convenio por parte de Rusia (5 de mayo de 1998) y que, además, la decisión de discontinuar la investigación y clasificar los documentos como secretos se había realizado en septiembre y diciembre de 2004, varios años después de la fecha crítica³³.

Los demandantes argumentaron también que el caso podría ser considerado como uno de desaparición forzada de personas y que, de ser así, se aplicarían los desarrollos del Tribunal, entre ellos los del caso *Varnava*. En su opinión, la desaparición constituía una situación continuada y era irrelevante el momento en el que la persona había desaparecido siempre que hubiese familiares que pudiesen ser considerados como víctimas indirectas. Por lo tanto, de la naturaleza continuada de la desaparición se derivaba la competencia temporal del Tribunal sobre la investigación de las desapariciones y la obligación del Estado de proveer información sobre su suerte³⁴. Por último, los demandantes consideraron que la investigación llevada adelante en Rusia no había sido efectiva porque: a) en primer lugar, las autoridades rusas habían proveído información contradictoria, afirmando por un lado que habían sido ejecutados por fuerzas militares y luego clasificándolos como desaparecidos; b) no se habían tenido en cuenta numerosas evidencias y no se habían realizado exámenes de ADN para compararlos con los tomados a las personas que habían sido exhumadas; c) los familiares no habían sido reconocidos como víctimas y no se había tomado ningún paso al respecto³⁵.

³² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia, Sentencia de 16 de Abril 2012, para. 117.

³³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia, Sentencia de 16 de Abril 2012, para. 120.

³⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia, Sentencia de 16 de Abril 2012, para. 121.

³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia, Sentencia de 16 de Abril 2012, para. 123.

Por otra parte, afirmaron que la mención a los valores subyacentes de la Convención en la última frase del párrafo 163 del caso *Silih* representaba una justificación para la realización de una investigación efectiva cuando la muerte de las víctimas había precedido a la ratificación del Convenio por parte del Estado acusado. En ese caso, continuaron, la proporción de actividades procesales realizadas antes o después de la fecha de ratificación por parte del Estado acusado eran irrelevantes para la determinación de la competencia del Tribunal. Como las ejecuciones en masa de ciudadanos polacos constituían un crimen de guerra y un crimen contra la humanidad, esos hechos debían ser considerados como contrarios a los principios básicos del Convenio Europeo y, por lo tanto, la única alternativa real y efectiva para cumplir y respetar los valores sobre los que se construyó el Convenio era la ejecución de la obligación procesal derivada del artículo 2³⁶.

El gobierno polaco, que participó en el proceso, reconoció que la responsabilidad del Estado bajo las disposiciones del Convenio no era ilimitada en el tiempo pero afirmó que la obligación procesal vinculaba al Estado durante un período en el que razonablemente las autoridades puedan tomar las medidas destinadas a clarificar las circunstancias. En su opinión, la falta de investigación en el caso en concreto equivalía a una denegación de justicia³⁷.

El gobierno ruso, por su parte, sostuvo que la alegada violación de la obligación sustancial del artículo 2 no sólo caía fuera de la jurisdicción temporal del Tribunal sino que tampoco existía *de jure* puesto que la tragedia de Katyn había precedido en 10 años la adopción del Convenio de 4 de noviembre de 1950 y 58 años antes de que Rusia lo ratificara el 5 de mayo de 1998. Esto tenía como consecuencia la falta de competencia del Tribunal para analizar esta violación del artículo 2 ni la obligación procesal que de este artículo se deriva. Para el gobierno ruso, este caso debía diferenciarse del caso *Varnava* porque en aquella oportunidad las alegadas desapariciones se habían producido luego de la adopción del Convenio Europeo,

³⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia, Sentencia de 16 de Abril 2012, para. 119.

³⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia, Sentencia de 16 de Abril 2012, para. 125.

precondición señalada por el Tribunal para afirmar su competencia. Además, resultaba extraño, en opinión del gobierno ruso, que los denunciantes hubiesen esperado 8 años para presentar una petición de investigación de las desapariciones de sus familiares cuando desde el inicio de las mismas, en 1990, había sido cubierto ampliamente por la prensa y era de público conocimiento³⁸.

El Tribunal rechazó la petición de los demandantes respecto de la violación del derecho a proteger la vida de las personas porque no se habían cumplido las condiciones para que se habilitara su competencia. En su opinión, los familiares no habían demostrado la existencia de una conexión genuina entre la muerte de las víctimas y la entrada en vigor del Convenio³⁹ y por lo tanto no se consideró competente. Sin embargo, y he aquí lo interesante, afirmó que las actitudes reticentes e incluso desdeñosas del gobierno ruso frente a las reclamaciones de los familiares constituían un trato inhumano hacia ellos y que el Estado ruso estaba obligado a pagarles una compensación económica. Recordó que la violación de los derechos humanos no radicaba en la desaparición en sí, sino en las actitudes del Estado una vez que la situación había sido puesta en su consideración, aún si la violación sustantiva (la desaparición) se había producido en 1940. El Tribunal concluyó, como lo había hecho también en el caso *Varnava*, que no se podía dejar el peso de la averiguación de las circunstancias de una desaparición a los familiares⁴⁰.

Esta decisión reviste especial interés a efectos comparativos con los desaparecidos de la guerra civil y la dictadura franquista porque no ha habido en España investigación oficial sobre la suerte de los desaparecidos, se ha cerrado definitivamente la vía penal para atender las reclamaciones de los familiares de las personas desaparecidas y porque la Ley de Memoria Histórica ha dejado en manos de los particulares las actividades de investigación e identificación de fosas y otorgado al Estado simplemente un papel de facilitador de dichas actividades. Esta actitud del

³⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia, Sentencia de 16 de Abril 2012, paras. 113 y 114.

³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia, Sentencia de 16 de Abril 2012, para. 132.

⁴⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Janowiec vs Russia, Sentencia de 16 de Abril 2012, para. 151.

Estado iría, además, en contra de la Convención Internacional de 2006, en especial los artículos 12 y 24 en los que reconoce el derecho a la verdad de los familiares y la consiguiente obligación del Estado de investigar, reparar y poner a disposición todos los medios necesarios para ese fin mientras permanezca la incertidumbre sobre la suerte de las personas desaparecidas. En este sentido, pare ilógico pensar que la simple concesión de una subvención económica a los familiares para la realización de actividades de identificación y exhumación de fosas, tal y como se desprende la Ley de Memoria Histórica, pueda ser considerada como una reparación adecuada.

El optimismo que podría derivarse de la sentencia *Janowiec* debe ser, no obstante, analizado con cautela, en especial si tenemos en cuenta la reciente inadmisión del Tribunal Europeo de las demandas en los casos *Dorado Luque vs España* y *Canales Bermejo vs España* por hechos cometidos en el año 1936.

El primer caso fue presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 1 de junio de 2009, por Antonio Gutiérrez Dorado y Carmen Dorado Ortiz en relación con la desaparición del Sr. Dorado Luque el 18 de julio de 1936, fecha en la que había sido detenido por fuerzas militares mientras se dirigía desde Madrid a Málaga, en circunstancias no determinadas fehacientemente aún. El Sr. Dorado Luque era miembro del Congreso español y pertenecía al Partido Socialista. Desde esa fecha y hasta el momento de la presentación de la demanda, los familiares no han tenido información sobre su suerte. El detenido, junto con otras personas, habría sido transferido al cuartel de San Rafael en Córdoba hasta, al menos, el 28 de julio, porque su firma aparece en un acta como testigo de la muerte de otro detenido en ese cuartel⁴¹.

A principios de agosto de ese año fue descubierto el cuerpo de una persona que contenía en sus bolsillos el documento de identidad del Sr. Dorado Luque; el juez en lo civil determinó, sin embargo, que la evidencia era insuficiente para concluir que se trataba del Sr. Dorado Luque y decidió registrar el cuerpo como de persona desconocida. En el año 1979, los demandantes participaron en el proceso iniciado por

⁴¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Antonio Gutiérrez Dorado and Carmen Dorado Ortiz vs Spain, Decisión de 27 de Marzo de 2012, para. 4.

la esposa del Sr. Dorado Luque en la que solicitaba un reconocimiento oficial de la desaparición de su marido y la concesión de una pensión, que fue finalmente reconocida en 1993 y en la que un juez determinó que el Sr. Dorado Luque había fallecido el 30 de julio de 1936⁴².

El 22 de mayo de 2006, Carmen Dorado Ortiz presentó una denuncia penal ante el juzgado de instrucción número 2 de Córdoba como consecuencia del secuestro y muerte del Sr. Dorado Luque en el año 1936 en el marco de crímenes contra la humanidad que eran imprescriptibles. El juez señaló que se trataba de un caso hipotético de homicidio y que el delito estaba prescrito. En cuanto a la consideración como crímenes contra la humanidad, esto sólo podía aplicarse a partir del año 2003, fecha en la que la figura había sido incluida en el código penal español y que no podía aplicarse retroactivamente. La Audiencia provincial confirmó la decisión del juez de instrucción y señaló que el sistema constitucional español impedía la investigación de los crímenes cometidos durante la guerra civil y que esto solo podía abrir viejas heridas. El Tribunal Constitucional, declaró inadmisible la cuestión el 14 de abril de 2008. El 14 de diciembre de 2006, Carmen Dorado Ortiz, junto con otras asociaciones de víctimas presentaron una denuncia ante la Audiencia Nacional en la que solicitaban una investigación sobre un plan sistemático de desapariciones y ejecuciones extrajudiciales perpetrado por el régimen de Franco. El 18 de noviembre de 2008, el juez de instrucción se declaró incompetente y señaló que eran los juzgados territoriales quienes deberían asumirla para ordenar las exhumaciones de las fosas comunes. El 2 de diciembre de 2008, la Audiencia Nacional se declaró incompetente para investigar estos crímenes⁴³.

Paralelamente, los demandantes habían llevado adelante actividades tendientes a determinar la suerte de su familiar desaparecido, por ejemplo, ante el tribunal militar competente, sin éxito. El 3 de octubre de 2008, los demandantes contrataron los servicios de un forense para llevar adelante exhumaciones en una fosa

⁴² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Antonio Gutiérrez Dorado and Carmen Dorado Ortiz vs Spain, Decisión de 27 de Marzo de 2012, para. 6.

⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Antonio Gutiérrez Dorado and Carmen Dorado Ortiz vs Spain, Decisión de 27 de Marzo de 2012, paras. 10 y ss.

común en Córdoba; recibió para ello una subvención del gobierno de España, en cumplimiento de la Ley de Memoria Histórica de 2007; sin embargo, el Consejo municipal de Córdoba decidió suspender las exhumaciones; en el año 2009, el gobierno rechazó la petición de nuevos fondos para continuar con las exhumaciones.

Ante esta situación, los demandantes decidieron acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para el reconocimiento de sus derechos. Los demandantes solicitaron que el Estado fuese declarado responsable por la violación del artículo 2 del Convenio Europeo en perjuicio del Sr. Dorado Luque porque su muerte había resultado de una detención no reconocida por el Estado. Los denunciantes reconocieron que la muerte se había producido antes de la entrada en vigor del Convenio para España pero que el artículo 2 tenía un aspecto procesal que podría incluso aplicarse a aquellos casos que hubiesen ocurrido antes de la entrada en vigor. Argumentaron que la ley de amnistía impedía el ejercicio de cualquier tipo de actividad procesal y que aquellos que se había iniciado caían dentro de la competencia *ratione temporis* del Tribunal⁴⁴.

Los demandantes afirmaron también que España había incurrido en violación del artículo 3 del Convenio, porque la ausencia de investigación oficial sobre el paradero de su familiar los había sumido en una situación de angustia continuada que equivalía a un trato inhumano. A su vez, la inacción del Estado y los obstáculos a las actividades de exhumación violaba el artículo 8 del Convenio. Por último, los denunciantes señalaron que el Estado no les había otorgado la posibilidad de ejercer un recurso efectivo, en aplicación del artículo 13 del Convenio, porque se intentó por todos los medios bloquear las investigaciones⁴⁵.

En su decisión, el Tribunal Europeo recordó que las disposiciones de los tratados no obligan a los Estados respecto de actos, omisiones o situaciones que hayan dejado de existir antes de la entrada en vigor del tratado pero señaló que el Tribunal podría tener algún tipo de margen respecto de hechos ocurridos antes de la entrada en vigor y como consecuencia de su relación causal con hechos posteriores que

⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Antonio Gutiérrez Dorado and Carmen Dorado Ortiz vs Spain, Decisión de 27 de Marzo de 2012, para. 26.

⁴⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Antonio Gutiérrez Dorado and Carmen Dorado Ortiz vs Spain, Decisión de 27 de Marzo de 2012, paras. 27 a 29.

constituyesen la base de la denuncia⁴⁶. El Convenio había entrado en vigor para España el 4 de octubre de 1979, es decir, 43 años después de la muerte de la víctima; el derecho de petición individual fue efectivo a partir del 1 de julio de 1981. El Tribunal recordó que la obligación procesal de llevar adelante una investigación efectiva bajo el artículo 2 constituía un deber autónomo del Estado y una obligación independiente del Estado aún cuando los hechos se hubiesen cometido antes de la entrada en vigor del Convenio. Y que esa obligación permanecía durante todo el período en el que las autoridades puedan razonablemente tomar las medidas para dilucidar las circunstancias⁴⁷. Sin embargo, el Tribunal recordó que la obligación procesal respecto de casos ocurridos antes de la entrada en vigor del Convenio no es infinita, sino que sólo se pueden analizar los actos u omisiones posteriores a la fecha de entrada en vigor y además tiene que existir una conexión genuina entre la muerte y la entrada en vigor, cuya existencia surge cuando una parte significativa de las actividades procesales se han producido luego de la entrada en vigor del Convenio. En vista del tiempo transcurrido desde la ocurrencia de los hechos, el Tribunal afirmó que no existía una conexión genuina en este sentido⁴⁸.

El Tribunal (a través del juez único) afirmó que aún si considerásemos el caso como uno de desaparición y la violación del artículo 2 fuese de carácter continuado, la denuncia era inadmisibile porque no era posible esperar indefinidamente a que los familiares decidan presentar la denuncia ante el Tribunal y que además debían demostrar diligencia y que sus iniciativas se habían realizado sin retraso indebido. El Tribunal tomó en consideración las dificultades existentes a nivel nacional tanto durante como después de la caída del régimen de Franco y en especial la Ley de Amnistía, pero aún así afirmó que esta situación no excluía a los familiares de su deber de actuar diligentemente y llevar el caso al Tribunal sin retrasos indebidos. Los familiares, en su opinión, debían haber interpretado con el paso de los años que no habría ningún tipo de investigación sobre la suerte de los desaparecidos y que no

⁴⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Antonio Gutiérrez Dorado and Carmen Dorado Ortiz vs Spain, Decisión de 27 de Marzo de 2012, para. 32.

⁴⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Antonio Gutiérrez Dorado and Carmen Dorado Ortiz vs Spain, Decisión de 27 de Marzo de 2012, para. 34.

⁴⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Antonio Gutiérrez Dorado and Carmen Dorado Ortiz vs Spain, Decisión de 27 de Marzo de 2012, para. 35.

habían actuado diligentemente por que sólo en el año 2006 habían presentado una denuncia penal en el ámbito nacional y ante el Tribunal en el año 2009, es decir, 28 años desde que el derecho de petición individual fue aplicable en España⁴⁹. Por lo tanto, decidió rechazar la demanda por extemporánea.

La inadmisión del Tribunal Europeo de este caso es una decisión que podía razonablemente preverse pero que no debe ser interpretada como totalmente negativa. Si bien es cierto que ha impedido la admisión del caso a trámite, el juez realizó una serie de consideraciones que merecen ser destacadas, en especial porque contradicen, sin decirlo expresamente, las argumentaciones del Tribunal Supremo en el caso Garzón. En primer lugar, el juez internacional reconoce una vez más la naturaleza continuada o permanente de la desaparición forzada de personas mientras no se establezca su suerte o paradero y que, consecuentemente, la obligación del Estado de investigarlas perdura durante todo el período en el que las autoridades puedan razonablemente tomar las medidas para dilucidar las circunstancias. En segundo lugar, el Tribunal no señaló como obstáculo legal para el estudio del caso a nivel internacional a la Ley de Amnistía española, pudiendo deducirse de esta situación que el Tribunal Europeo está afirmando, como ya lo había hecho en el caso *Ould Dah vs Francia*, la inadmisibilidad internacional de las amnistías cuando estamos en presencia de graves crímenes, como los cometidos durante la guerra civil y la dictadura franquista.

La decisión del Tribunal Europeo reproduce argumentaciones anteriores del órgano jurisdiccional y pone de manifiesto la interpretación restrictiva del Tribunal cuando estamos en presencia de casos complicados y cuyos hechos ocurrieron hace ya mucho tiempo. Si bien es cierto que la decisión cierra la vía para los demandantes, nada obstaría a que otras víctimas o sus familiares presenten nuevas demandas y demuestren en primer lugar una actividad diligente en la búsqueda de reparaciones o reconocimiento a nivel nacional, en el que se ponga de manifiesto la imposibilidad de ejercer los recursos durante la dictadura de Franco, el obstáculo infranqueable de la Ley de Amnistía, la pérdida de expectativas luego de la aprobación de la Ley de

⁴⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Antonio Gutiérrez Dorado and Carmen Dorado Ortiz vs Spain, Decisión de 27 de Marzo de 2012, para. 39.

Memoria Histórica por no haber recogida ésta las obligaciones que el propio Estado ha asumido al ratificar la Convención Internacional de 2006, y por último, el proceso contra Garzón por prevaricación judicial. Estas argumentaciones, entre otras, han sido desarrolladas en una nueva demanda presentada por Fausto Canales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con la desaparición forzada de Valerico Canales, ocurrida el 20 de agosto de 1936.

El demandante solicitó que el Tribunal declarase la responsabilidad internacional de España derivada de la obligación continuada de llevar adelante una investigación efectiva sobre la desaparición de su padre. El demandante afirmaba que la decisión del Tribunal Supremo en el caso Garzón constituía un hecho nuevo que cerraba definitivamente la vía interna para la investigación, sanción y reparación de las desapariciones forzadas ocurridas durante la guerra civil⁵⁰. En la demanda se detallan todas las iniciativas y actividades realizadas por el demandante para obtener reparación, sin éxito, en el ámbito interno. El demandante solicitaba que el Tribunal Europeo determinase la falta de investigación del Estado español porque en caso contrario desaparecería toda posibilidad de obtener reparación por las violaciones de derechos humanos al no existir otros mecanismos efectivos a su disposición. El demandante alegaba que su queja estaba relacionada principalmente con la situación **posterior** a la entrada en vigor del Convenio para España el 4 de octubre de 1979, como consecuencia del incumplimiento continuado de la obligación del Estado español de explicar la suerte o paradero del padre del demandante a través de una investigación judicial efectiva⁵¹. Solicitó, entre otras pretensiones, que se lo declarase víctima de un trato inhumano (artículo 3 del Convenio) como consecuencia de vivir en una prolongada angustia derivada de la actitud desdeñosa de las autoridades españolas⁵² y que el Estado español realizase una investigación efectiva para determinar la suerte y el paradero de su padre (artículo 13 del Convenio).

⁵⁰ Demanda Fausto Canales Bermejo vs Reino de España, paras. 5 y 6, disponible en http://ris.hrahead.org/casos/_casos-de-ris/caso-canales-bermejo-c-espana-tedh

⁵¹ Demanda Fausto Canales Bermejo vs Reino de España, para. 190, disponible en http://ris.hrahead.org/casos/_casos-de-ris/caso-canales-bermejo-c-espana-tedh

⁵² Demanda Fausto Canales Bermejo vs Reino de España, para. 244, disponible en http://ris.hrahead.org/casos/_casos-de-ris/caso-canales-bermejo-c-espana-tedh

Lamentablemente, el Tribunal Europeo (juez único) ha vuelto a inadmitir una demanda relacionada con los desaparecidos de la guerra civil y es razonable esperar que ninguna víctima obtendrá reparación a través del Tribunal Europeo⁵³. La decisión de inadmisibilidad del juez único ha sido criticada por injusta al no haber sido motivada, tal y como establece el artículo 45 del Convenio Europeo y además porque la estricta interpretación del Convenio Europeo coloca al denunciante en una situación de desigualdad frente al Estado, al exigirle sólo al individuo la demostración de debida diligencia⁵⁴.

Estas decisiones del Tribunal no han impedido, sin embargo, que el día 5 de marzo de 2013 fuera presentada una nueva demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se solicita se condene al Estado español por denegar ayuda a los familiares en la búsqueda y localización de personas desaparecidas durante la guerra civil⁵⁵.

VI.II. Recurrir al Comité de Derechos Humanos

El Comité de Derechos Humanos es el órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁶. Para ello, dispone de tres herramientas: a) el análisis de los informes remitidos por los Estados y la emisión de observaciones finales; b) la preparación de comentarios destinados a clarificar el alcance de las disposiciones del Pacto; y c) la sustanciación de

⁵³ Moreno Pérez, Alicia y Chinchón Álvarez, Javier, La decisión del TEDH en el asunto Canales Bermejo c. España: Una sombra definitiva, *Rights International Spain Análisis Jurídicos GCyF* – Diciembre 2012.

⁵⁴ Vicente Márquez, Lydia y Melón, Mercedes, Decisión desprovista de Justicia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 14 de diciembre de 2012, www.IJCentral.org

⁵⁵ Denuncian a España ante el TEDH por negar ayuda para encontrar a las víctimas del franquismo, 05/03/2013, www.público.es

⁵⁶ Para un análisis de las características y funcionamiento del Comité de Derechos Humanos véase López Martín, Ana Gemma, La reclamación individual como técnica de control del respeto a los derechos humanos. ¿Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o Tribunal Europeo de Derechos Humanos?, en SOROETA LICERAS J., (ed.), *Cursos de Derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Servicio editorial de la UPV, Bilbao, 2005, pp.225-260; también Mourgeon, Jacques, Les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, *Annuaire Français de Droit International*, volume 13, 1967, pp. 326-363.

reclamaciones individuales⁵⁷. Es respecto de esta última función que se ha sostenido que el Comité de Derechos Humanos tiene una función cuasi jurisdiccional⁵⁸. Se trata de un mecanismo opcional porque para ello el Estado denunciado tiene que haber ratificado el Protocolo Facultativo⁵⁹ que reconoce la competencia del Comité para recibir denuncias individuales. La inclusión del derecho de reclamación individual en el Protocolo Facultativo y no en el texto del Pacto Internacional se debió al hecho de que algunos Estados, entre ellos la por entonces Unión Soviética y sus aliados, se oponían al reconocimiento a los individuos de un *locus standi* en los mecanismos internacionales. Esta separación entre Pacto Internacional y Protocolo Facultativo permitió la adopción del primero por unanimidad⁶⁰.

El Comité está compuesto por 18 expertos independientes elegidos por un período de cuatro años; no son representantes de los gobiernos y actúan a título personal. El Comité puede recibir denuncias de particulares que aleguen la violación de alguno de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional y de acuerdo con el artículo 5 del Protocolo Facultativo, las condiciones de admisibilidad de las denuncias son dos: 1) que el individuo haya agotado todos los recursos internos, judiciales y administrativos. Esta norma no se aplica cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente y 2) que la cuestión no esté siendo examinada por otro organismo internacional. Mientras que el primer requisito está basado en la idea de que es el propio Estado el que está en mejores condiciones para entender en el asunto -lo que viene a reconocer el carácter subsidiario del mecanismo⁶¹-, el segundo

⁵⁷ Para un análisis del funcionamiento del Comité de Derechos Humanos véase Buerghenthal, Thomas, *The U.N. Human Rights Committee*, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5, 2001, pp.341-398.

⁵⁸ Pastor Ridruejo, José Antonio, *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs*, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 274, 1998, pp. 9-308, páginas 124 y 125. En el mismo sentido Nowak, Manfred, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Gómez Isa, Felipe and de Feyter, Koen (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 706, página 151; Scheinin, Martin and Langford, Malcom, *Evolution or Revolution? Extrapolating from the experience of the Human Rights Committee*, *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 1, 2009, pp. 97-113, página 108..

⁵⁹ Adoptado por 66 votos a favor, 2 en contra (Togo y Níger) y 38 abstenciones

⁶⁰ Schwelb, Egon, *Civil and Political Rights: The International Measures of Implementation*, *American Journal of International Law*, Vol. 62, Issue 4, 1967, página 862.

⁶¹ Vasak, Karel, *Le droit international des droits de l'homme*, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Tome 140, 1974, pp. 333-416, página 375.

requisito impide el acceso al Comité si la cuestión está siendo tratada en otro procedimiento de examen o arreglo internacional, quedando fuera de esta incompatibilidad los mecanismos extra-convencionales como puede ser el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre desaparición forzada de personas⁶². El hecho de que la cuestión “esté siendo tratada” en otro mecanismo internacional ha llevado a autores como Buergenthal a interpretar que la limitación no se aplicaría si la cuestión ya hubiese sido examinada o decidida previamente por otro mecanismo⁶³; esta ambigüedad en los términos del Protocolo Facultativo condujo a que varios Estados, al aceptar la competencia del Comité y a recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, hiciesen declaraciones o reservas negando la competencia del Comité incluso para aquellos casos ya examinados internacionalmente⁶⁴. España ha hecho una declaración en este sentido⁶⁵.

Recibida la denuncia, el Comité analizará en primer lugar si es admisible desde el triple punto de vista material, temporal y personal. Es decir, si la denuncia se refiere a violaciones de derechos reconocidos en el Pacto Internacional, que se hubiesen cometido con posterioridad a la entrada en vigor del Pacto para la víctima, y que el demandante sea la víctima o su representante legal⁶⁶. El Comité no exige, como sí lo hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que la denuncia se presente antes de los seis meses de haber agotado los recursos internos. Si las denuncias son aceptadas, el Comité emite una observación que reviste especial importancia como punto de

⁶² Human Rights Committee, Communication nº 1779/2008, Aïssa Mezine vs Algérie, 27 Décembre 2012, CCPR/C/106/D/1779/2008, para. 7.2.

⁶³ Buergenthal, Thomas, The U.N. Human Rights Committee, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5, 2001, pp.341-398, página 383.

⁶⁴ Buergenthal, Thomas, The U.N. Human Rights Committee, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5, 2001, pp.341-398, página 383.

⁶⁵ “The Spanish Government accedes to the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, on the understanding that the provisions of article 5, paragraph 2, of that Protocol mean that the Human Rights Committee shall not consider any communication from an individual unless it has ascertained that the same matter has not been or is not being examined under another procedure of international investigation or settlement”. Disponible en http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=IV-5&chapter=4&lang=en#EndDec

⁶⁶ López Martín, Ana Gemma, La reclamación individual como técnica de control del respeto a los derechos humanos. ¿Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o Tribunal Europeo de Derechos Humanos?, en SOROETA LICERAS J., (ed.), *Cursos de Derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Servicio editorial de la UPV, Bilbao, 2005, pp.225-260.

referencia para los tribunales nacionales de los Estados parte en el Pacto. Estas observaciones no son jurídicamente vinculantes pero esto no significa que carezcan de efectos normativos y de cierta legitimidad internacional que conlleva una esperable intención de cumplimiento⁶⁷. Desde hace ya un tiempo el Comité ha venido ordenando la adopción de determinadas medidas para poner fin a la violación de los derechos reconocidos en el Pacto e incluso ha creado la figura del Relator Especial encargado de controlar el cumplimiento de los dictámenes por parte del Estado⁶⁸. Si el Comité decide a favor del autor de la denuncia, puede solicitar al Estado que ponga fin a la situación sea a través del pago de una indemnización o la derogación o enmienda de una legislación o la reapertura de investigaciones⁶⁹. La ausencia de investigaciones cuando se alegan violaciones a los derechos humanos puede constituir una violación separada del Pacto al no proveer un recurso eficaz⁷⁰.

Desde el punto de vista de su competencia *ratione temporis*, el Comité de Derechos Humanos sólo puede analizar aquellas violaciones producidas luego de la entrada en vigor del Pacto para el Estado denunciado. Así ha sido sostenido permanentemente por el Comité y su base deriva de que los tratados, como principio general, no tienen efectos retroactivos. Sin embargo, el Comité, como también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido llamado a analizar situaciones que se habían producido antes de la entrada en vigor del Pacto Internacional y del Protocolo Facultativo para el Estado denunciado pero cuya ocurrencia continuaba con posterioridad al Pacto Internacional, relevando así cuestiones de competencia *ratione temporis*. Como principio general, la reclamación individual basada en una violación originada y completada antes de la

⁶⁷ Buergenthal, Thomas, The U.N. Human Rights Committee, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5, 2001, pp.341-398, página 397.

⁶⁸ López Martín, Ana Gemma, La reclamación individual como técnica de control del respeto a los derechos humanos. ¿Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o Tribunal Europeo de Derechos Humanos?, en SOROETA LICERAS J., (ed.), *Cursos de Derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Servicio editorial de la UPV, Bilbao, 2005, pp.225-260.

⁶⁹ Folleto informativo N.º 15 (Rev. 1), Derechos humanos, derechos civiles y políticos: el Comité de derechos humanos, página 30, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15Rev.1sp.pdf>

⁷⁰ Observación General No. 31, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004, para. 15.

entrada en vigor del Pacto será rechazada por el Comité por carecer de competencia *ratione temporis*. Sin embargo, si la violación continúa luego de la entrada en vigor, los resultados dejan de ser tan claros, entrando en una zona de grises.

Las reclamaciones respecto de casos de desaparición forzadas de personas ante el Comité de Derechos Humanos tienen como denominador común la violación del derecho a la libertad y seguridad de las personas desaparecidas así como la violación del derecho a ser tratado humanamente y a la realización de una investigación efectiva en relación con los familiares de las personas desaparecidas. El análisis de sus dictámenes son relevantes para esta tesis doctoral por varios motivos: en primer lugar porque representan la interpretación válida emitida por el órgano de control de las disposiciones del Pacto Internacional; en segundo lugar, porque el Comité ha tenido la oportunidad de analizar reclamaciones que contienen ciertas similitudes con la situación de indefensión por la que atraviesan los familiares de las personas desaparecidas durante la guerra civil y el franquismo, incluso si la violación se origina en hechos anteriores a la entrada en vigor del Pacto Internacional; y tercero, porque el Tribunal Supremo de España, en la sentencia sobre prevaricación contra el juez Baltasar Garzón, hizo mención expresa a ellos y los utilizó como fundamento para interpretar el derecho internacional. El Supremo se refirió a su resolución 275/1988 relativa a casos de desapariciones en Argentina por medio de la cual el Comité había afirmado que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no podía aplicarse retroactivamente y que el Comité no podía *ratione temporis* examinar presuntas violaciones que habían tenido lugar antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado⁷¹. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada a la luz de otros dictámenes del Comité, como por ejemplo en los casos *Lovelace vs Canada* (30 de julio de 1981), *Sarma vs Sri Lanka* (16 de julio de 2003) y *Sankara vs Burkina Faso* (28 de marzo de 2006). En estos casos el Comité habilitó su competencia aún cuando la violación originaria se había producido antes de la entrada en vigor del Pacto y del Protocolo para el Estado porque entendió que eran las actitudes **posteriores** a la fecha de ratificación del Pacto y del Protocolo que implicaran una perpetuación del hecho inicial

⁷¹ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27/02/2012, página 15.

las que el Comité estaba habilitado para analizar, y no la violación anterior. A continuación desarrollaré cinco dictámenes que revisten especial importancia porque el Comité interpretó las disposiciones del Pacto de una manera que podría, eventualmente, servir de base para futuras reclamaciones de los familiares de las personas desaparecidas durante la guerra civil y la dictadura franquista.

El primer caso es el *Lovelace vs Canadá*, decidido el 31 de julio de 1981. La denunciante era una mujer de origen indígena que residía en Canadá y que al haberse casado el 23 de mayo de 1970 con una persona que no formaba parte de su grupo étnico había perdido ciertos derechos en aplicación de la “Indian Act”. La denuncia, presentada el 17 de abril de 1978, señalaba que dicha ley era discriminatoria para con la mujer y contraria a los artículos 2, 3, 23, 26 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La pérdida de esos derechos afectaban exclusivamente a las mujeres y la denunciante solicitaba la rectificación de la ley en cuestión. El Pacto había entrado en vigor para Canadá el 19 de agosto de 1976, es decir, años después de la celebración del casamiento. El Comité afirmó que era competente para considerar una comunicación cuando las medidas en las que se basaba la denuncia continuaban teniendo efectos que constituían una violación del Pacto, aún si los hechos hubiesen ocurrido antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado acusado⁷². El Comité señaló que la cuestión en análisis residía en los efectos continuados de la “Indian Act”, en especial su derecho a residir en el lugar de su elección. Y que esta situación persistía con posterioridad a la entrada en vigor del Pacto para Canadá y que sus efectos debían ser analizados independientemente del hecho originario⁷³. En conclusión, el Comité determinó la violación del artículo 27 del Pacto en perjuicio de la denunciante.

El segundo caso es *S.E vs Argentina*, decidido el 4 de abril de 1990. El 10 de febrero de 1988, la denunciante presentó una comunicación ante el Comité de

⁷² “The Human Rights Committee has held that it is empowered to consider a communication when the measures complained of, although they occurred before the entry into force of the Covenant, continued to have effects which themselves constitute a violation of the Covenant after that date. It is therefore relevant for the Committee to know whether the marriage of Mrs. Lovelace in 1970 has had any such effects.”, *Lovelace vs Canada*, Sandra Lovelace v. Canada, Communication No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 166 (1981), para. 7.3.

⁷³ *Lovelace vs Canada*, Sandra Lovelace v. Canada, Communication No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) at 166 (1981), para. 13.1.

Derechos Humanos por la desaparición de sus tres hijos en agosto y noviembre de 1976, dos de ellos en Uruguay de lo que se derivaba una violación por parte del Estado argentino de los artículos 1, 2, 7, 9, 10, 12, 16, 17, 19, 22 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Estos artículos reconocen, entre otros, los derechos a la vida, a no ser sometidos a torturas o tratos inhumanos o degradantes, a un recurso efectivo, a la libertad personal. La denunciante señaló que como consecuencia de las leyes de Obediencia Debida (1987) y Punto Final (1986) había sido imposible perseguir penalmente a los responsables de las desapariciones de hijos y que, por lo tanto, dichas leyes violaban las obligaciones internacionales de la Argentina asumidas a través del Pacto. El Estado, por su parte, rechazó que el Comité fuese competente *ratione temporis* para recibir la denuncia de S.E. porque las violaciones de esos artículos se habían producido antes del 8 de noviembre de 1986, fecha en la que entró en vigor para la Argentina el Pacto Internacional y el Protocolo Facultativo. Además, recordó que uno de los principios básicos del derecho internacional era la irretroactividad de los tratados reconocida expresamente en la Convención de Viena de 1969.

En su respuesta a los argumentos presentados por el Estado, la denunciante manifestó que su comunicación se limitaba a los hechos posteriores a la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, en especial a la aprobación de las leyes de Punto Final y Obediencia Debida así como la negativa del gobierno a iniciar procesos judiciales contra los responsables de la desaparición de sus hijos. Por último, señaló que los actos y las omisiones del Estado argentino eran contrarios a los artículos 18, 26 y 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados. En conclusión, la denunciante consideraba que había sido víctima de una injusticia sustancial y grave ante la inacción del poder judicial de su país.

El Comité inadmitió la denuncia porque la denunciante no había agotado previamente los remedios internos existentes antes de acudir al Comité, tal y como lo establece el artículo 5.2 (b) del Protocolo Facultativo. Sin embargo, el Comité reconoció que como la comunicación estaba dirigida a verificar si se había producido o no una violación del Pacto por parte del Estado en perjuicio del denunciante *con*

posterioridad a la entrada en vigor del Protocolo, como puede ser la no provisión de un recurso efectivo, el Comité no hubiese estado impedido, eventualmente, de examinar la comunicación de S.E.⁷⁴.

El tercer caso es *Sarma vs Sri Lanka*, decidido el 16 de julio de 2003 a raíz de una comunicación presentada el 25 de octubre de 1999 por el Sr. Jegatheeswara Sarma, nacional de Sri Lanka, por la violación de varios artículos del Pacto en perjuicio de los derechos de su hijo, él mismo y su familia. En relación con su hijo, la violación provenía de su detención en 1990 por autoridades militares y su posterior desaparición. Ante la insistencia de la familia, el Primer Ministro de Sri Lanka ordenó la liberación del hijo del denunciante pero las autoridades militares negaron la existencia misma de la detención.

El Pacto había entrado en vigor para Sri Lanka el 11 de junio de 1980 y el Protocolo Facultativo el 3 de octubre de 1997. Al ratificar este instrumento Sri Lanka hizo una declaración aceptando la competencia del Comité sólo para hechos, actos u omisiones ocurridas con posterioridad a la entrada en vigor del Protocolo. El Estado señaló que el Protocolo Facultativo no era aplicable *ratione temporis* porque la detención y desaparición se habrían producido antes de la entrada en vigor para Sri Lanka de ese instrumento. El Estado agregó por último que el denunciante no había agotado los recursos internos, ni demostrado que los remedios fuesen ineficaces o que hubiese un retardo injustificado en las actuaciones judiciales, que es una de las causas que habilitan la inaplicabilidad del requisito del agotamiento de los recursos domésticos.

⁷⁴ “The Committee notes that irrespective of whether consideration by the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances constitutes a “procedure of international investigation or settlement” within the meaning of article 5, paragraph 2(a), of the Optional Protocol, or not, the cases before the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances do not constitute the same matter as the communication which the author has brought to the Human Rights Committee. The latter concerns not only the disappearance of her children, which occurred prior to the entry into force of the Covenant and of the Optional Protocol for Argentina, but primarily the question of whether the author’s rights under the Covenant have been violated, in particular whether article 2 of the Covenant requires the State party to grant the author specific relief. Therefore, the Committee is not precluded, on this ground, from examining the author’s communication”. Human Rights Committee, S.E. vs Argentina, CCPR/C/WG/36/DR/275/1988, Communication No. 275/1988, 26 March 1990.

En respuesta a los argumentos del Estado, el denunciante sostuvo que el Estado no había investigado de manera efectiva el caso y que él y su familia estaban siendo víctimas de una violación continuada del artículo 7 del Pacto (prohibición de tortura, malos tratos o tratos inhumanos o degradantes) y que al menos hasta esa fecha, no disponía de información alguna sobre la suerte de su hijo.

El Comité analizó en primer lugar su competencia *ratione temporis*. Luego de recordar que Sri Lanka había limitado la competencia del Comité a hechos posteriores a su entrada en vigor, señaló que si bien la desaparición había ocurrido antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo, las violaciones alegadas por el denunciante, si se confirmasen, podrían haber ocurrido o continuado luego de la entrada en vigor del Protocolo⁷⁵, habilitando así su competencia. En cuanto al fondo, el demandante sostuvo que el Estado no había cumplido con su obligación de prevenir y castigar a los responsables derivada del Pacto Internacional. Y que en los casos en los que el Estado tiene el monopolio de la información (como sucede en los casos de desaparición forzada de personas), sólo podrá eximirse de responsabilidad si demuestra que ha actuado diligentemente. El Comité afirmó que el hijo del denunciante había sido víctima de la violación por parte del Estado de su derecho a la libertad y seguridad personal, reconocido en el artículo 9 del Pacto, y que tal violación no podía nunca estar justificada⁷⁶. En relación con sus familiares, el Comité reconoció que habían sufrido violación del artículo 7 como consecuencia de la permanente incertidumbre sobre la suerte de su hijo. En consecuencia, concluyó que el Estado tenía la obligación de proveer un recurso efectivo, incluyendo una investigación pormenorizada de la

⁷⁵ “6.2 With respect to the application *ratione temporis* of the Optional Protocol to the State party, the Committee noted that, upon acceding to the Optional Protocol, Sri Lanka had entered a declaration restricting the Committee's competence to events following the entry into force of the Optional Protocol. However, the Committee considered that although the alleged removal and subsequent disappearance of the author's son had taken place before the entry into force of the Optional Protocol for the State party, the alleged violations of the Covenant, if confirmed on the merits, may have occurred or continued after the entry into force of the Optional Protocol”. Human Rights Committee, *Sarma v. Sri Lanka*, Communication No. 950/2000, 16 July 2003, CCPR/C/78/D/950/2000, para. 6.2.

⁷⁶ Human Rights Committee, *Sarma v. Sri Lanka*, Communication No. 950/2000, 16 July 2003, CCPR/C/78/D/950/2000, paras. 9.2 y 9.4.

situación, la liberación del detenido, si éste se encontrara aún con vida y la concesión de una compensación por las violaciones mencionadas⁷⁷.

El cuarto caso que mencionaremos es *Yurich vs Chile* que fue decidido el 12 de diciembre de 2005 y se originó el 10 de julio de 2001 cuando la Sra. Norma Yurich presentó una comunicación al Comité solicitándole que determinase que Chile había violado las obligaciones asumidas por medio del Pacto en perjuicio de su hija y de ella misma. La denunciante señaló que su hija había sido detenida el 30 de octubre de 1974 en su domicilio por agentes de la DINA, el servicio de inteligencia chileno. Desde esa fecha, no contaba con información sobre su paradero y las distintas acciones legales iniciadas destinadas a determinar su suerte no habían sido exitosas. Por ello, la denunciante alegó que varios derechos reconocidos en el Pacto habían sido violados en perjuicio de su hija como también en su contra. Asimismo señaló que había denegación de justicia al no prosperar las investigaciones sobre la desaparición de su hija, y que la Ley de Amnistía de 1978 había impedido juzgar a los responsables.

El Estado, por su parte, rechazó en primer el lugar la competencia *ratione temporis* del Comité porque los hechos se habían cometido entre 1974 y 1975, es decir, antes de que Chile ratificara el Pacto Internacional, acto que ocurrió el 23 de marzo de 1976. Respecto del Protocolo Facultativo, fue ratificado el 27 de mayo de 1992 y en su declaración el Estado chileno informó que aceptaba la competencia del Comité para recibir comunicaciones individuales para hechos posteriores al 11 de marzo de 1990. Paralelamente, el gobierno señaló que la denunciante no había demostrado que sus derechos reconocidos en el Pacto hubiesen sido violados ni que hubiese agotado los recursos internos. En su defensa, el Estado negó inacción de su parte e informó que la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación había determinado que la hija de la denunciante había sido víctima de violaciones graves de sus derechos por parte de agentes del Estado y que el Ministerio del Interior estaba cooperando en las investigaciones de 300 casos de desapariciones cometidos en ese período, incluida la de su hija. Por último, el Estado recordó que la Suprema Corte de Chile ya había afirmado que el delito de desaparición era de naturaleza continuada

⁷⁷ Human Rights Committee, *Sarma v. Sri Lanka*, Communication No. 950/2000, 16 July 2003, CCPR/C/78/D/950/2000, para. 11.

hasta que se determine la suerte de la personas desaparecida y que, si la desaparición continuaba, no era de aplicación la ley de amnistía que sólo cubría los delitos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978.

El Comité declaró inadmisile la comunicación porque los hechos habían ocurrido o comenzado con anterioridad a la ratificación por parte de Chile del Protocolo Facultativo y del Pacto mismo. Luego de recordar la definición de desaparición forzada contenida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, señaló que la detención o el secuestro de la persona y la negativa a proveer información sobre la detención se habían producido antes de la entrada en vigor del Pacto para Chile y por lo tanto no se daban los supuestos de habilitación de la competencia. Este rechazo no debe entenderse, sin embargo, como un cambio de postura del Comité porque en su dictamen agregó que la denunciante no había hecho referencia a ninguna acción del Estado denunciado posterior a la fecha de ratificación del Protocolo Facultativo que constituyera una perpetuación de la desaparición⁷⁸. A *contrario*, si hubiese hecho referencia a hechos posteriores y los documentase, el Comité podría haber entendido en el fondo del asunto.

El último caso a señalar es *Sankara vs Burkina Faso*, decidido el 28 de marzo de 2006. El 15 de octubre de 2002, la esposa y los hijos de Thomas Sankara, ex presidente de Burkina Faso presentaron una comunicación ante el Comité por la violación de los derechos reconocidos en el Pacto tanto en su perjuicio como en el del Sr. Sankara. Los denunciantes denunciaron que el 15 de octubre de 1987 Thomas Sankara había sido asesinado luego de un golpe de Estado organizado en su contra. Durante el año siguiente, el Estado no llevó adelante investigación alguna sobre las circunstancias de su muerte y el 17 de enero de 1988 expidió un certificado de defunción en el que se informaba, falsamente, que había muerto de causas naturales. Agregó que los procedimientos iniciados ante la justicia habían sido retrasados indebidamente y que

⁷⁸ “6.4 Furthermore, upon the submission of the communication, the State party, far from refusing to acknowledge the detention, admitted and assumed responsibility for it. In addition, the author makes no reference to any action of the State party after 28 August 1992 (the date on which the Optional Protocol entered into force for the State party) that would constitute a confirmation of the enforced disappearance”. Human Rights Committee, Norma Yurich v. Chile, Communication No. 1078/2002, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1078/2002 (2005).

al momento de presentar la comunicación estaba pendiente una respuesta del Procurador del Estado. Los denunciantes consideraron que el fracaso en la organización de una investigación pública para determinar la identidad de los asesinos de Thomas Sankara así como la imposibilidad de corregir el certificado de defunción constituían denegación de justicia en violación de los artículos 17 y 23 del Pacto. En su opinión, el Estado era responsable de no haber proveído un remedio efectivo ni garantizado la imparcialidad de la justicia. Asimismo, la falta de una investigación oficial sobre los hechos relativos a su muerte constituía un trato cruel, inhumano y degradante contra ellos en violación del artículo 7 del Pacto. El Estado, por su parte, respondió afirmando en primer lugar la incompetencia del Comité *ratione temporis* porque los hechos se habían producido antes de que Burkina Faso hubiese ratificado el Pacto y el Protocolo Facultativo. En segundo lugar, rechazó que hubiese denegación de justicia y agregó que los denunciantes no habían agotado los recursos internos. Frente a estos argumentos, los autores respondieron a su vez que el Comité era competente porque los hechos representaban una violación continuada del Pacto y producían efectos que en sí mismos constituían violaciones de ese instrumento en la actualidad, como consecuencia de las actitudes del gobierno y de las decisiones de los tribunales desde que el Pacto había entrado en vigor.

El Comité recordó que no podía analizar comunicaciones por hechos producidos antes de la entrada en vigor del Protocolo para el Estado denunciado a menos que esas violaciones continuaran luego de su entrada en vigor⁷⁹. En su opinión, una violación continuada debía ser interpretada como una afirmación, luego de la entrada en vigor del Protocolo, por intermedio de un acto, de la violación previa

⁷⁹ “6.2 The Committee noted the State party's arguments concerning the inadmissibility of the communication *ratione temporis*. Having also noted the authors' arguments, the Committee considered that a distinction should be drawn between the complaint relating to Mr. Thomas Sankara and the complaint concerning Ms. Sankara and her children. The Committee considered that the death of Thomas Sankara, which may have involved violations of several articles of the Covenant, occurred on 15 October 1987, hence before the Covenant and the Optional Protocol entered into force for Burkina Faso. This part of the communication was therefore inadmissible *ratione temporis*. Thomas Sankara's death certificate of 17 January 1988, stating that he died of natural causes - contrary to the facts, which are public knowledge and confirmed by the State party (paras. 4.2 and 4.7) - and the authorities' failure to correct the certificate during the period since that time must be considered in the light of their continuing effect on Ms. Sankara and her children”. Human Rights Committee, *Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso*, Communication No. 1159/2003, U.N. Doc. CCPR/C/86/D/1159/2003 (2006).

cometida por el Estado. El Comité sostuvo que la negativa a llevar adelante una investigación sobre la muerte de Thomas Sankara, la ausencia de un reconocimiento oficial acerca del lugar de entierro así como la no corrección del certificado de muerte constituía una violación de las obligaciones del Estado para con la esposa e hijos, incluido trato inhumano⁸⁰. El Comité también señaló que los procedimientos iniciados por los familiares se habían prolongado excesivamente no por un error procesal de ellos sino por un conflicto de competencia entre las autoridades⁸¹. Por lo tanto, consideró que era competente para atender la comunicación presentada.

Sobre el fondo, el Comité señaló que los familiares de Thomas Sankara tenían derecho a conocer las circunstancias de su muerte y que la ausencia de un reconocimiento oficial del lugar de entierro constituía un trato inhumano contra su familia⁸². Por lo tanto, el Estado tenía la obligación de llevar adelante una investigación

⁸⁰ "6.10 Regarding the complaints of violations of articles 17 and 23 of the Covenant, the Committee considered that the authors' allegations concerning the consequences, where their protection in particular was concerned, of the failure to conduct an inquiry into the death of Thomas Sankara and to identify those responsible did not fall within the scope of the articles mentioned, but did raise issues with respect to article 7 and article 9, paragraph 1, of the Covenant". Human Rights Committee, Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso, Communication No. 1159/2003, U.N. Doc. CCPR/C/86/D/1159/2003 (2006).

⁸¹ "6.3 In conformity with its jurisprudence, the Committee was of the view that it could not consider violations which occurred before the entry into force of the Optional Protocol for the State party unless those violations continued after the Protocol's entry into force. A continuing violation is to be interpreted as an affirmation, after the entry into force of the Optional Protocol, by act or by clear implication, of previous violations by the State party. The Committee took note of the authors' arguments concerning, first, the failure of the authorities to conduct an inquiry into the death of Thomas Sankara (which was public knowledge) and to prosecute those responsible - allegations which are not in fact challenged by the State party. These constitute violations of their rights and of the obligations of States under the Covenant. Secondly, it was clear that in order to remedy this situation, the authors initiated judicial proceedings on 29 September 1997, i.e. within the limits of the 10-year statute of limitations, and these proceedings continued after the Covenant and the Optional Protocol entered into force for Burkina Faso. Contrary to the arguments of the State party, the Committee considered that **the proceedings were prolonged, not because of a procedural error on the part of the authors, but because of a conflict of competence between authorities**. Consequently, insofar as, according to the information provided by the authors, the alleged violations resulting from the failure to conduct an inquiry and prosecute the guilty parties have affected them since the entry into force of the Covenant and the Optional Protocol because the proceedings have not concluded to date, the Committee considered that this part of the communication was admissible *ratione temporis*". Human Rights Committee, Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso, Communication No. 1159/2003, U.N. Doc. CCPR/C/86/D/1159/2003 (2006).

⁸² Human Rights Committee, Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso, Communication No. 1159/2003, U.N. Doc. CCPR/C/86/D/1159/2003 (2006), para. 12.2.

oficial sobre la muerte de Thomas Sankara, determinar su lugar de entierro, y ofrecer una compensación a los familiares⁸³.

A modo de resumen, el Comité de Derechos Humanos en el caso *S.E vs Argentina* (4 de abril de 1990) declaró inadmisibile la denuncia porque no se habían agotado los recursos internos; en el caso *Sarma vs Sri Lanka* (16 de julio de 2003), reconoce que el Estado tenía la obligación de llevar adelante una investigación efectiva, incluso en el caso de que las violaciones se hubiesen cometido antes de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo⁸⁴ y reconoció que los familiares habían sufrido angustia y estrés derivados de la incertidumbre continuada sobre su suerte⁸⁵ y que el Estado tenía la obligación de llevar adelante una investigación efectiva sobre los hechos⁸⁶; sin embargo, en el caso *Yurich vs Chile* (12 de diciembre de 2005) el Comité declaró inadmisibile un caso en el que los hechos habían sido cometidos con anterioridad a la ratificación por parte de Chile del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Protocolo Facultativo. Aún luego de reconocer el carácter permanente de la desaparición, declaró inadmisibile la denuncia porque el denunciante no había hecho referencia a ninguna acción del Estado denunciado (Chile) **posterior** a la fecha de ratificación del Protocolo Facultativo, que implicara una perpetuación de la

⁸³ Human Rights Committee, *Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso*, Communication No. 1159/2003, U.N. Doc. CCPR/C/86/D/1159/2003 (2006), para. 12.2.

⁸⁴ “6.2 With respect to the application *ratione temporis* of the Optional Protocol to the State party, the Committee noted that, upon acceding to the Optional Protocol, Sri Lanka had entered a declaration restricting the Committee's competence to events following the entry into force of the Optional Protocol. However, the Committee considered that although the alleged removal and subsequent disappearance of the author's son had taken place before the entry into force of the Optional Protocol for the State party, the alleged violations of the Covenant, if confirmed on the merits, may have occurred or continued after the entry into force of the Optional Protocol”. *Mr. S. Jegatheeswara Sarma v. Sri Lanka*, Human Rights Committee, Communication No. 950/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/950/2000 (2003).

⁸⁵ “Moreover, noting the anguish and stress caused to the author's family by the disappearance of his son and by the continuing uncertainty concerning his fate and whereabouts,(23) the Committee considers that the author and his wife are also victims of violation of article 7 of the Covenant.” *Mr. S. Jegatheeswara Sarma v. Sri Lanka*, Communication No. 950/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/950/2000 (2003).

⁸⁶ “In accordance with article 2, paragraph 3 (a), of the Covenant, the State party is under an obligation to provide the author and his family with an effective remedy, including a thorough and effective investigation into the disappearance and fate of the author's son, his immediate release if he is still alive, adequate information resulting from its investigation, and adequate compensation for the violations suffered by the author's son, the author and his family”. *Mr. S. Jegatheeswara Sarma v. Sri Lanka*, Communication No. 950/2000, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/950/2000 (2003).

desaparición⁸⁷; por último, el caso *Sankara vs Burkina Faso* dejó sentado que la negativa a llevar adelante una investigación sobre la muerte de Thomas Sankara, la ausencia de un reconocimiento oficial acerca del lugar de entierro así como la no corrección del certificado de muerte constituía un trato inhumano hacia su esposa e hijos en violación del artículo 7 del Pacto, aún si la muerte de hubiese producido antes de la fecha crítica, es decir, antes de que Burkina Faso hubiese ratificado el Protocolo Facultativo.

La importancia de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos analizados radica en que podrían ser utilizados como antecedentes por los familiares de las personas desaparecidas para sustanciar comunicaciones ante este mecanismo. España es parte del Pacto Internacional (desde 1977) y del Protocolo Facultativo (desde 1985) por el que se reconoce el derecho de los individuos a la reclamación individual. La cuestión es determinar si el Comité podría habilitar su competencia en relación con hechos derivados de la guerra civil y la dictadura franquista. Como hemos visto, una de las condiciones de admisibilidad de las comunicaciones es que los hechos se hubiesen producido luego de la entrada en vigor del Pacto. Resulta evidente que las desapariciones se cometieron antes de esa fecha y por lo tanto caerían fuera de la competencia temporal del Comité. Pero si las víctimas demuestran que el Estado, con sus actitudes posteriores, ha contribuido a la perpetuación de la desaparición, por ejemplo, al no proveer un recurso efectivo o realizar una investigación sobre los crímenes, el Comité podría, como ha hecho en otros casos, habilitar su competencia. Aún si fuese así, la admisión de la reclamación individual debería sortear un obstáculo más porque al momento de adherirse al Protocolo Facultativo, España realizó una declaración por la que afirmaba que el requisito del artículo 5 (2) (b) (relativo a la inadmisibilidad de la comunicación cuando el asunto esté siendo tratado en otra instancia internacional), se aplicaba incluso para aquellos casos en los que ya existiese una decisión por parte de otro mecanismo internacional. En el año 1982, el Comité

⁸⁷ “6.4 Furthermore, upon the submission of the communication, the State party, far from refusing to acknowledge the detention, admitted and assumed responsibility for it. In addition, the author makes no reference to any action of the State party after 28 August 1992 (the date on which the Optional Protocol entered into force for the State party) that would constitute a confirmation of the enforced disappearance”. Norma Yurich v. Chile, Communication No. 1078/2002, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1078/2002 (2005).

declaró inadmisibile una comunicación individual que había sido, a su vez, previamente declarada inadmisibile también por la Comisión Europea de Derechos Humanos porque el país denunciado había hecho una declaración similar a la española. No se trató de una decisión unánime y un miembro del Comité señaló que la reserva no se aplicaba para aquellos casos en que la inadmisibilidat estuviese relacionada con cuestiones de forma y no de fondo⁸⁸. Buerghenthal rechaza la opinión de este miembro del Comité porque la decisión de inadmisibilidat es, de hecho, una decisión sobre el fondo pero sostiene que pueden darse situaciones en las que el Comité sería competente, aún si existiese una declaración como la española. Por ejemplo, si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechaza una demanda porque la misma no fue presentada dentro de los seis meses de haber agotado los recursos internos (artículo 35 del Convenio), ésta excepción no podría aplicarse al Comité porque no existe en este organismo una regla similar, independientemente de la reserva realizada por el Estado⁸⁹.

Por lo tanto, en principio, no debería descartarse de antemano un intento de los familiares de las personas desaparecidas de acudir al Comité de Derechos Humanos. Es cierto que un dictamen favorable no tiene el mismo valor que una

⁸⁸ *"In the case of the author of communication No. 121/1982, the European Commission of Human Rights has declared his application inadmissible as being manifestly ill- founded. It has thereby found that it has no competence to consider the matter within the legal framework of the European Convention. An application that has been declared inadmissible has not, in the meaning of the reservation, been "considered" in such a way that the Human Rights Committee is precluded from considering it. The reservation aims at preventing the Human Rights Committee from reviewing cases that have been considered by another international organ of investigation. It does not seek to limit the competence of the Human Rights Committee to deal with communications merely on the ground that the rights of the Covenant allegedly violated may also be covered by the European Convention and its procedural requirements. If that had been the aim of the reservation, it would, in my opinion, have been incompatible with the Optional Protocol. If the Committee interprets the reservation in such a way that it would be excluded from considering a communication when a complaint referring to the same facts has been declared inadmissible under the procedure of the European Convention, the effect would be that any complaint that has been declared inadmissible under that procedure could later on not be considered by the Human Rights Committee, despite the fact that the conditions for admissibility of communications are set out in a separate international instrument and are different from those under the Optional Protocol. An application that has been declared inadmissible under the system of the European Convention is not necessarily inadmissible under the system of the Covenant and the Optional Protocol, even if it refers to the same facts. This is also true in relation to an application that has been declared inadmissible by the European Commission as being manifestly ill-founded".* AM vs Denmark, Communication 121/1982, U.N. Doc. CCPR/C/OP/1 at 32 (1984).

⁸⁹ Buerghenthal, Thomas, *The U.N. Human Rights Committee, Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5, 2001, pp.341-398, página 384.

sentencia del Tribunal Europeo pero podría eventualmente instar al Estado español a hacer frente de una vez con el tema en aplicación del derecho internacional vigente. De momento, y en ausencia de un dictamen de este tipo, es pertinente recordar que el Comité de Derechos Humanos, en sus observaciones finales al quinto informe periódico de España y en cumplimiento de sus funciones de verificación recomendó a España la derogación la ley de amnistía de 1977, la adopción de medidas para garantizar el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en los tribunales nacionales, la creación de una comisión de expertos independientes para que restablezca la verdad histórica sobre las violaciones de derechos humanos cometidas durante la guerra civil y la dictadura y la garantía de para que las familias identifiquen y exhumen los cuerpos de las víctimas⁹⁰.

En conclusión, si los familiares presentasen una denuncia ante este órgano por las prácticas posteriores a la entrada en vigor del Pacto para España que implicasen una continuación de las desapariciones, el Comité podría, eventualmente, verificar que el Estado no les ha proveído de un recurso efectivo y por lo tanto emitir un dictamen en el que denuncie el incumplimiento de España de las obligaciones derivadas del Pacto, solicite la adopción de medidas apropiadas y reconozca una reparación a los familiares. El mayor problema, sin embargo, reside en que estas observaciones carecen de obligatoriedad jurídica y por lo tanto quedarían libradas a la voluntad del Estado.

VI.III. Recurrir al Comité contra las desapariciones

La Convención Internacional de 2006 sobre desapariciones forzadas dispuso la creación y establecimiento de un mecanismo de control de las actividades de los Estados denominado Comité contra la desaparición forzada de personas. Integrado por diez expertos de reconocida competencia en materia de derechos humanos, este mecanismo podrá recibir peticiones de Estado a Estado o bien reclamaciones

⁹⁰ Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, ESPAÑA, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009, párrafo 9.

individuales. Para poder recibir las peticiones, el Estado en el que supuestamente se han producido los hechos tiene que haber reconocido, por medio de una declaración, la competencia del Comité, tal y como lo establecen los artículos 31 y 32 de la Convención. Mientras que el primero hace referencia a la aceptación por parte del Estado Parte de la competencia del Comité para recibir las comunicaciones presentadas por personas que se encuentren bajo su jurisdicción y que alegaran que han sido víctimas de violaciones por parte del Estado, el segundo se refiere a la aceptación de la competencia para recibir comunicaciones de Estado a Estado. Las peticiones individuales pueden ser presentadas por los allegados de la persona desaparecida, sus representantes legales o por quien tenga un interés legítimo a fin de que se busque y localice a la persona desaparecida. Hasta la fecha, 14 Estados han reconocido la competencia del Comité para recibir y examinar estas comunicaciones. Ellos son Albania, Alemania, Austria, Argentina, Bélgica, Chile, Francia, Japón (sólo artículo 31), Mali, Montenegro, y Uruguay, España, Serbia y Holanda. El 27 de septiembre de 2007 España firmó la Convención Internacional y la ratificó el 24 de septiembre de 2009. El gobierno aceptó también la competencia del Comité para recibir comunicaciones de individuos y de otros Estados en virtud de los artículos 31 y 32 de la Convención. El Comité celebró su primer período de sesiones en Ginebra del 8 al 11 de noviembre de 2011 y el segundo del 26 al 30 de marzo de 2012, en los que se sentaron las directrices para a puesta en marcha de las actividades del Comité. En la tabla 8 se muestra el estado de aceptación de la competencia del Comité en virtud de los artículos 31 y 32.

Tabla 8 Aceptación de la competencia del Comité para recibir denuncias en virtud de los artículos 31 y 32 de la Convención

País	Artículo 31 (denuncias individuales)	Artículo 32 (denuncias estatales)
Albania	Sí	Sí
Alemania	Sí	Sí
Argentina	Sí	Sí
Armenia		
Austria	Sí	Sí
Bélgica	Sí	Sí
Bolivia		
Bosnia y Herzegovina	Sí	Sí

Brasil		
Burkina Faso		
Chile	Sí	Sí
Colombia		
Costa Rica		
Cuba		
Ecuador	Sí	Sí
Francia	Sí	Sí
Gabón		
Holanda	Sí	Sí
Honduras		
Irak		
Japón		Sí
Kazakstán		
Mali	Sí	Sí
México		
Montenegro	Sí	Sí
Nigeria		
Panamá		
Paraguay		
Senegal		
Serbia	Sí	Sí
España	Sí	Sí
Túnez		
Uruguay	Sí	Sí
Zambia		

Fuente: elaboración propia con datos obtenidos de la colección de tratados de las Naciones Unidas, disponible en http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en

A diferencia del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas, que tiene un mandato específicamente humanitario, el Comité sólo actuará sobre aquellos casos que se hayan producido en el territorio de un Estado Parte y que hayan aceptado la competencia del Comité. En este sentido el Grupo de Trabajo tendría un alcance más amplio porque puede estudiar aquellos casos de desapariciones, independientemente de la ratificación de ningún tratado, facilitando a las familias el recurso al mecanismo del Grupo de Trabajo para determinar la suerte de su ser querido. En el caso español, sin embargo, el Grupo de Trabajo ha negado su competencia respecto de las

desapariciones ocurridas antes de la creación de las Naciones Unidas pero sí a aquellas que se hubiesen producido con posterioridad. Prueba de ello son los 5 casos que se han presentado ante el Grupo, de los cuales 4 siguen pendientes según lo afirmado por el propio Grupo.

El artículo 35 de la Convención Internacional de 2006 impone un límite temporal a la actuación del Comité contra las desapariciones forzadas en virtud del cual sólo se ocupará de las desapariciones que se hubiesen iniciado con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Convención para el Estado en cuestión. Por lo tanto, y como principio general, los casos de desapariciones que se hayan producido o comenzado antes de la entrada en vigor no serían atendidos por el Comité.

La comunicación debe ser presentada por escrito, no ser anónima, referirse a un Estado parte en la Convención Internacional de 2006 y que haya formulado la declaración del artículo 31 y no debe constituir un abuso de poder o ser incompatible con las disposiciones de la Convención; tiene que ser presentada por una persona que alegue ser víctima de una violación de los derechos que reconoce la Convención. Para que la comunicación sea admitida, las víctimas deben haber agotado los recursos internos (a menos que se excedan los plazos razonables) y la cuestión no debe estar siendo tratada en otra instancia internacional de la misma naturaleza⁹¹, como pueden ser los Comités o los mecanismos internacionales de protección como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. El requisito de los seis meses vuelve a estar ausente, como en el caso del Comité de Derechos Humanos. Pero, ¿qué pasa con aquellas cuestiones que ya han sido examinadas por otro mecanismo? ¿Y si simplemente se han declarado inadmisibles sin un análisis sobre el fondo? En estos casos, se podrían aplicar las mismas respuestas que hemos señalado al estudiar la competencia del Comité de Derechos Humanos, es decir, si una cuestión ha sido

⁹¹ Artículo 31 de la Convención Internacional de 2006. A/67/56, Primer período de sesiones (8 a 11 de noviembre de 2011), Segundo período de sesiones (26 a 30 de marzo de 2012), 2012, Informe del Comité contra la Desaparición Forzada, Anexo VI, Directrices y formulario para la presentación de comunicaciones en virtud del artículo 31 de la Convención, página 31, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/428/10/PDF/G1242810.pdf?OpenElement>

declarada inadmisible por alguna razón no incluida entre las condiciones de admisibilidad de las reclamaciones individuales, no vemos por qué el Comité no podría, eventualmente, habilitar su competencia.

Recibida la petición por cualquier de los legitimados activos, el Comité solicitará al Estado Parte que proporcione información sobre la persona desaparecida. Con esa información, el Comité podrá hacer recomendaciones y solicitar la adopción de todas las medidas necesarias, incluidas medidas cautelares, para localizar y proteger a la persona. Luego el Comité notificará a los peticionarios acerca de las informaciones transmitidas por el Estado Parte⁹². Si el Comité decide poner término al procedimiento, comunicará el dictamen a ambas partes.

En las Directrices y formulario para la presentación de comunicaciones en virtud del artículo 31 de la Convención, el Comité ha dispuesto que si se trata de una desaparición forzada, la comunicación debe referirse a aquellas cuyo inicio haya tenido lugar luego de la entrada en vigor de la Convención para el Estado⁹³, en concordancia con el artículo 35. Pero en esas mismas Directrices, el Comité hace un matiz entre la violación de los derechos reconocidos en la Convención⁹⁴ y la ocurrencia de una desaparición forzada, cuyo estudio sólo podrá tener lugar si ocurrió luego de la entrada en vigor del tratado para el Estado. En cuanto a la violación de los otros derechos, como puede ser el derecho a la verdad, o a la reparación, el Comité no ha puesto una restricción similar para su estudio, abriendo, tal vez, la puerta a una eventual consideración de casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención siempre que las consecuencias o efectos de la desaparición, como por

⁹² Artículo 30, parágrafo 3 de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 20 de diciembre de 2006.

⁹³ A/67/56, Primer período de sesiones (8 a 11 de noviembre de 2011), Segundo período de sesiones (26 a 30 de marzo de 2012), 2012, Informe del Comité contra la Desaparición Forzada, Anexo VI, Directrices y formulario para la presentación de comunicaciones en virtud del artículo 31 de la Convención, página 31, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/428/10/PDF/G1242810.pdf?OpenElement>

⁹⁴ A/67/56, Primer período de sesiones (8 a 11 de noviembre de 2011), Segundo período de sesiones (26 a 30 de marzo de 2012), 2012, Informe del Comité contra la Desaparición Forzada, Anexo VI, Directrices y formulario para la presentación de comunicaciones en virtud del artículo 31 de la Convención, página 31, disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/428/10/PDF/G1242810.pdf?OpenElement>

ejemplo, continúen en el tiempo. Por otra parte, el artículo 72 del reglamento del Comité dispone que las decisiones de admisibilidad de las comunicaciones se harán por mayoría simple pero que el Grupo de Trabajo podrá declarar admisible una comunicación, siempre que lo decida por unanimidad⁹⁵.

Por último, es interesante señalar que el Protocolo Facultativo a la Convención Internacional de derechos para las personas con discapacidad, en su artículo 2(f) contempla la posibilidad de que su Comité se declare competente *ratione temporis*, si lo hechos continúan después de la entrada en vigor de la Convención⁹⁶. Teniendo en cuenta este antecedente, no sería absolutamente irrazonable esperar una interpretación similar del Comité contra las desapariciones, aunque no dejaría de ser una especulación y una alternativa difícil. En este sentido, resulta relevante mencionar que en junio del año 2012, los miembros del Comité aprobaron las reglas sobre la preparación de informes por parte de los Estados que incluyen, entre otras, las siguientes medidas: informar sobre los programas existentes de recuperación de identidad para los adultos que sospechan ser hijos de personas desaparecidas; los procedimientos existentes que garanticen la búsqueda de niños desaparecidos así como para la anulación de las adopciones que hubiesen tenido origen en una desaparición forzada; la existencia de mecanismos destinados a efectivizar el derecho a la verdad sobre las circunstancias de la desaparición; la existencia de mecanismos destinados a la realización de investigaciones, ubicación de las víctimas o de sus restos mortales; la existencia de protocolos destinados a la entrega de los restos a sus familiares; el establecimiento de procedimientos destinados a obtener compensación y reparación, etc.⁹⁷.

⁹⁵ Comité contra la Desaparición Forzada, Reglamento, CED/C/1, 22 de junio de 2012, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/CED-C-1_sp.pdf

⁹⁶ "Article 2. The Committee shall consider a communication inadmissible when: (f) The facts that are the subject of the communication occurred prior to the entry into force of the present Protocol for the State Party concerned unless those facts continued after that date."

⁹⁷ Committee on Enforced Disappearances, Guidelines on the form and content of reports under article 29 to be submitted by States parties to the Convention, adopted by the Committee at its second session (26–30 March 2012), CED/C/2, 8 June 2012, páginas 12 y 13, disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CED/CEDGuidelines_en.pdf

Teniendo en consideración el reglamento y las directrices aprobadas por el Comité, no debería excluirse completamente una eventual presentación de comunicación por parte de los familiares de las personas desaparecidas durante el franquismo como consecuencia del Estado español del incumplimiento de sus obligaciones internacionales y la violación de los derechos reconocidos en la Convención Internacional de 2006. Difícilmente una petición en tal sentido podría interpretarse como incompatible con la Convención porque el objetivo de la misma es luchar contra la impunidad y favorecer el derecho a la verdad.

VI.IV. La jurisdicción universal

El recurso a la jurisdicción universal no puede excluirse del abanico de posibilidades para los familiares de personas desaparecidas durante la guerra civil, y su potencial aplicación fue de hecho advertida por el juzgado número 3 de Granada al analizar un caso de desaparición y plantear que los hechos denunciados podrían constituir crímenes contra la humanidad. En aquella oportunidad, el juez agregó que si la Audiencia Nacional declinaba su competencia podría producirse *“la actuación internacionalmente legítima de cualquier otra jurisdicción que se considere competente”* e incluso podría verse comprometida la responsabilidad internacional del Estado en virtud de las Observaciones Generales 31, 18 y 28 del Comité de Derechos Humanos. Estas palabras del juez de Granada resultaron proféticas a la luz de la querella presentada en Argentina el 14 de abril de 2010 por un grupo de víctimas⁹⁸ y organizaciones de Argentina y España en ejercicio del principio de jurisdicción universal, reconocido en el artículo 118 de la Constitución de ese país. El objeto de la querella es diferente de la presentada por las asociaciones en España y que recayó en el juzgado número 5 de la Audiencia Nacional a cargo del juez Garzón. Mientras que esta última se enmarcaba en el contexto de crímenes de lesa humanidad y para el período 1936-1951, la presentada en Argentina es por un delito de genocidio y de lesa humanidad y para un período mayor: desde el 17 de julio de 1936 hasta el 15 de junio de 1977. La querella fue originariamente archivada por medio del auto de 5 de mayo

⁹⁸ Severino Rivas Barja, Elías García Holgado, Luis García Holgado y Silvia Carretero Moreno.

de 2010, porque, como había manifestado el Ministerio Fiscal, la jurisdicción universal sólo se activa si no existen procedimientos similares en el territorio donde se cometieron los hechos. Puesto que los denunciantes reconocían que era factible investigar los hechos judicialmente en España, la juez consideró que no había razón para un país extranjero asumiera su jurisdicción y decidió la desestimación y el archivo de la causa. Esta decisión fue apelada y revocada por la Cámara Federal que decidió el 3 de septiembre de ese año la reapertura del procedimiento. Se trata de una decisión muy importante porque la Cámara construye sus argumentos sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva que implica la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para facilitar el acceso de las víctimas a recursos adecuados y efectivos para denunciar los crímenes y lograr una reparación. La Cámara afirmó que la jueza no había llevado adelante el control de legalidad y razonabilidad del dictamen del fiscal y por lo tanto decidió la devolución de las actuaciones a la jueza y consideró atinada la petición de los denunciantes de solicitar un exhorto por vía diplomática, a fin de que el gobierno español informe *“si efectivamente se está investigando la existencia de un plan sistemático generalizado y deliberado de aterrorizar a los españoles partidarios de la forma representativa de gobierno, a través de su eliminación física, en el período comprendido entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, debiendo para el caso afirmativo hacer conocer a esta Judicatura la naturaleza y estado procesal actual de las investigaciones (...)”*⁹⁹.

La Fiscalía General del Estado respondió el 6 de mayo de 2011 e informó que en España se habían y se estaban tramitando procedimientos judiciales relativos a hechos cometidos durante la guerra civil y la dictadura tanto referidos a la eliminación de los opositores políticos como de la desaparición de menores durante el período señalado en la comisión rogatoria. La Fiscalía citó como investigaciones sobre los hechos la iniciada por Baltasar Garzón (por la que sería juzgado y absuelto) y en la que el juez del Juzgado de Instrucción número 5 había decidido la inhibición de la causa hacia los juzgados territoriales competentes para conocer sobre los delitos. La Fiscalía informó también que varios Juzgados territoriales habían iniciado investigaciones sobre hechos

⁹⁹ Sala II – Causa n° 29.275, “NN s/ desestimación de denuncia y archivo”, Juzgado Federal n° 1; Secretaría n° 1, Expte. n° 4.591/2010, 3 de septiembre de 2010, página 6.

cometidos en su ámbito territorial y que dichos procesos habían concluido ya con resoluciones de archivo de las mismas, sea por la falta de indicios suficientes o por la extinción de la responsabilidad penal de los presuntos autores, debido a su fallecimiento o por haber prescripto.

El 13 de diciembre de 2011, la jueza solicitó al gobierno de España información sobre, entre otros, los nombres y domicilios de los miembros de los Consejos de Ministros que desarrollaron funciones entre el 17 de julio de 1936 y el 15 de junio de 1977, de los miembros de los mandos de las Fuerzas Armadas, Guardia Civil, Policía armada y directores generales de seguridad y dirigentes de la Falange española durante el mismo período. Asimismo solicitó información sobre el número de personas desaparecidas, sus nombres y el lugar y fecha de su desaparición, así como el número de niños sustraídos a sus familias de origen, apropiados y con su identidad sustituida durante la dictadura. También solicitó una lista sobre localización de fosas y una lista de las empresas privadas que se habían beneficiado del trabajo forzado de los presos republicanos y que aún siguen activas y cuya lista existía en el Archivo General de Cuentas del Estado español, así como la lista de varios jueces que habían dictado sentencia de muerte en consejos sumarísimos.

En respuesta a este pedido, el Ministerio Fiscal informó, el 22 de marzo de 2012, que gran parte de los hechos que tenían origen en la exhorto estaban incluidos en el sumario abierto por el juez Garzón y habían sido objeto de archivo por fallecimiento de los denunciados. Agregó que existían otras investigaciones abiertas en los juzgados territoriales y que 22 de ellas habían sido archivadas por fallecimiento de los denunciados. Por último, señaló que ninguno de los hechos denunciados en Argentina lo habían sido en España y que como España era la jurisdicción preferente para analizar la denuncia, instaba a la jueza argentina la remisión de la denuncia en aplicación del Convenio de Extradición y Asistencia Judicial en materia penal entre ambos países del 3 de marzo de 1987¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Fiscalía General del Estado, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Nota verbal a la Embajada de la República Argentina en Madrid, Referencia 129118-CR-10, 22 de marzo de 2012.

El 19 de marzo de 2012, la jueza solicitó a los denunciantes la preparación de una lista de personas a las que se podría tomar testimonio en España. La magistrada tenía previsto acudir a España para tomar esos testimonios entre junio y julio del año 2012 pero su viaje ha sido suspendido porque la Corte Suprema de la Argentina, a pesar de haber autorizado el viaje, no le dio los medios que la jueza solicitaba. Al momento de escribir estas líneas, el proceso se encuentra en un impasse y resulta difícil prever qué sucederá con este caso en el futuro pero la querella presentada en Argentina y las diligencias solicitadas por la jueza de aquel país es una muestra de que la vía de la jurisdicción universal es una alternativa real para las víctimas.

CONCLUSIONES

La desaparición forzada de personas adquirió relevancia internacional con las prácticas de las dictaduras latinoamericanas en los años 70, pero no fue un fenómeno ajeno en el continente europeo; además de las perpetradas por el régimen nazi en cumplimiento del “Decreto de noche y niebla” en 1941 y de las ocurridas durante la invasión turca de Chipre en 1974, Europa fue testigo también de prácticas similares antes y durante la Segunda Guerra Mundial en España, cuyo reconocimiento sólo recientemente ha ganado atención nacional e internacional. Entre 1936 y 1941, Franco llevó adelante lo que se ha denominado “paseos”, una estrategia que consistía en la detención y ejecución extrajudicial de oponentes políticos que culminaba con el entierro de republicanos en fosas comunes, cuya identificación y localización continúa a fecha de hoy incierta u oculta en la geografía española. Se habilitaban centros no reconocidos como prisiones y los detenidos eran ejecutados posteriormente para luego ser enterrados sin identificar, ni sus cuerpos entregados a sus familiares para darles sepultura. El término “paseos” no es más que un eufemismo para referirse en realidad a la desaparición forzada de personas porque sus elementos se ajustan a la definición reconocida en el derecho internacional. Es cierto que la figura del desaparecido en España tiene características que la diferencian del fenómeno latinoamericano pero si una detención es seguida de una ejecución extrajudicial constituye una desaparición forzada, siempre que la privación de la libertad la hayan realizado agentes del Estado o grupos organizados con el apoyo del gobierno, directo o indirecto, y que luego se nieguen a revelar la suerte y el paradero de la persona o incluso la misma detención¹. La inclusión de España por parte del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas entre los países con desapariciones forzadas pendientes de investigar y la programada visita de ese Grupo para el año 2013 viene a confirmar que es correcto hablar de desaparecidos de la guerra civil y la dictadura franquista.

¹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Desapariciones forzadas o involuntarias, Folleto informativo N° 6/Rev.3, Octubre 2009, página 14.

Además de la desaparición de personas, el régimen de Franco llevó adelante una práctica de separación de niños recién nacidos de sus madres republicanas que se encontraban detenidas para luego transferir su tutela a las instituciones del Estado o a familias que fueran aptas desde el punto de vista moral, político y religioso. Las propias instituciones del Estado eran las que decidían si las familias de los niños eran aptas para esa educación, siendo la decisión totalmente subjetiva y generando situaciones de total parcialidad. El régimen intentó también, a veces con éxito, la repatriación de niños exiliados, que dio lugar a situaciones irregulares porque cuando no era posible la determinación de su verdadera identidad, los niños, eran identificados con nombres y apellidos del uso. La ausencia de datos, información e investigación por parte del Estado español dificulta la tarea pero no ha impedido que la situación haya sido puesta de manifiesto por organismos internacionales.

En materia de desaparición forzada de personas, el derecho internacional de los derechos humanos ha ido conformando un corpus jurídico cuya protección integral no estaba reconocida, al menos hasta la aprobación de la Convención Internacional de 2006, en un instrumento específico de vocación universal jurídicamente vinculante. Este tratado presenta varios aspectos positivos, en especial porque ha decidido adoptar un concepto amplio de víctima recogiendo así lo que la jurisprudencia venía ya afirmando cada vez con más fuerza y es la consideración de que los familiares de los desaparecidos o todo aquel que haya sufrido un perjuicio directo son también víctimas, porque la ausencia de toda información, la desprotección y desesperanza ante la actitud de las autoridades estatales genera una situación de angustia que persiste mientras no sepa la suerte y el paradero de la persona desaparecida. En segundo lugar, la Convención es también importante porque reconoce que la obligación de investigar las desapariciones persiste todo el tiempo que dure la situación de incertidumbre. La Convención Internacional de 2006 es un gran paso también porque reconoce la necesidad de una reparación integral y adecuada que tenga en consideración la importancia del derecho a la verdad en casos de desaparición forzada de personas.

En esta tesis hemos visto que el derecho internacional de los derechos humanos en general, los instrumentos específicos en materia de desaparición forzada, y la jurisprudencia internacional, hacen hincapié en dos obligaciones fundamentales para los Estados: en primer lugar, la de investigar las desapariciones mientras no se determine la suerte y el paradero de la persona desaparecida y, en segundo lugar, la obligación de reparar a las víctimas en la medida de lo posible acudiendo para ello a medidas de carácter material e inmaterial o moral, que facilite el ejercicio del derecho a la verdad. La obligación de investigar las desapariciones forzadas forma parte del derecho de acceso a la justicia que tienen las víctimas e implica el deber del Estado de poner a disposición de ellas los procesos tendientes a denunciar, procesar, enjuiciar y eventualmente condenar a los responsables; asimismo, implica la puesta en práctica de medidas destinadas a evitar la impunidad². El derecho de acceso a la justicia en caso de violaciones graves a los derechos humanos es fundamental y así ha sido reconocido en Los *Principios y directrices en materia de reparación frente a violaciones graves de derechos humanos*³, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Uno de los aspectos clave de un recurso efectivo es garantizar el acceso a la justicia y el derecho a la verdad⁴, entendido como una forma de reparación para las víctimas⁵.

Como principio general, el derecho de las víctimas a la reparación debe incluir la restitución (cuando sea posible), la garantías de no repetición, una indemnización y la satisfacción. En casos de desaparición forzada de personas, el derecho a la verdad adquiere una importancia especial porque el fenómeno se caracteriza por su secretismo y su pretendida impunidad. Cada víctima y toda persona que haya sufrido

² Felipe Gómez Isa, *Derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos*, página 44, en Felipe Gómez Isa (dir), *El derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2006, pp. 623.

³ Resolución 60/147, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 21 de marzo de 2006.

⁴ de Frouville, Normes et recours internationaux en matière de disparitions forcées, Intervention lors du colloque «Pouvoirs publics et disparitions forcées en Méditerranée», organisé dans le cadre de la Coalition euro-méditerranéenne des familles de disparus le samedi 20 avril à Barcelone, Espagne, página 9.

⁵ Resolución 60/147, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 21 de marzo de 2006.

un perjuicio directo tiene derecho a saber la verdad, que no se reduce simplemente a la identificación de los responsables de los delitos sino que incluye también el conocimiento de los progresos y resultados de una investigación, la suerte de la persona desaparecida, las circunstancias de la desaparición, quién la ordenó y cuándo la persona falleció. De ser posible, el derecho a la verdad incluye además la recuperación e identificación de los restos del desaparecido y la disposición de recursos forenses y métodos científicos necesarios para ello, incluso a través de la realización de análisis de ADN si fuese necesario. Por último, el derecho a la verdad tiene también un aspecto social porque la sociedad tiene el derecho a conocer la verdad sobre los acontecimientos ocurridos en el pasado, las circunstancias y los motivos, a fin de evitar que se repitan en el futuro.

Frente a estas obligaciones internacionales del Estado, ¿cuál es la situación en España respecto de las personas desaparecidas durante la guerra civil y la posterior dictadura franquista? En España no ha habido investigación oficial sobre este colectivo ni existe un censo oficial sobre el probable número de afectados. Según el informe Lorente Acosta, las desapariciones durante la guerra civil ascenderían a 40.000⁶ mientras que la lista presentada por las asociaciones de memoria histórica al juez Garzón incluye el nombre de más de 114.000 personas desaparecidas. A su vez, las medidas de reconocimiento y reparación adoptadas por los sucesivos gobiernos democráticos sólo parcialmente han cubierto a las personas desaparecidas y la Ley de Memoria Histórica es insuficiente porque en materia de desapariciones sólo ha reconocido la obligación del Estado de facilitar a los familiares las tareas de localización e identificación de las personas desaparecidas durante la guerra civil y el franquismo. En lugar de adoptar una política activa de búsqueda y localización de las personas desaparecidas, la Ley de Memoria Histórica requiere que sean los propios familiares los que se encarguen de ello, imponiéndoles una carga demasiado pesada, tal y como lo ha sostenido el Tribunal Europeo en sus decisiones sobre casos de desapariciones de

⁶ Los datos han sido extraídos del Informe de la Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, 28 de julio de 2006, página 22, disponible en <http://www.mpr.gob.es/NR/rdonlyres/3834DA97-8D86-4CD0-AE2E-7C8AA123725A/77935/InformeGeneral.pdf>

personas⁷. Es una realidad difícilmente compatible con las obligaciones internacionales asumidas por España, incluida la reciente Convención Internacional de 2006, que disponen que los Estados deben llevar adelante una investigación imparcial y exhaustiva, aún en ausencia de denuncia formal. Si en la teoría la situación es cuanto menos insuficiente, en la práctica, la Ley de Memoria Histórica ha reducido la obligación del Estado de investigar a la simple concesión de subvenciones a los particulares destinadas a la identificación y exhumación de fosas. Y la situación de los familiares de los desaparecidos de la guerra civil y el franquismo ha empeorado con la profunda crisis económica que atraviesa España porque, por ejemplo, la partida destinada a estas actividades fue en primer lugar reducida drásticamente y posteriormente eliminada de los presupuestos generales para el año 2013. Además, en marzo del año 2012 el gobierno español decidió suprimir la Oficina de Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura, creada en aplicación de la Ley de Memoria Histórica⁸ y que era la encargada de coordinar las actividades de exhumaciones de los cuerpos de las personas desaparecidas durante aquella época

Para mayor preocupación, la sentencia absolutoria del Tribunal Supremo de España contra Garzón en el caso de los crímenes del franquismo ha cerrado la vía judicial penal como medio para obtener información sobre las circunstancias de su fallecimiento ni su lugar de entierro ni, eventualmente, recuperar sus cuerpos, colocando a los familiares de las personas desaparecidas en un estado de indefensión e injusticia que permanece en el tiempo. El Tribunal Supremo señaló que eran otros los mecanismos apropiados pero, como hemos visto en esta tesis doctoral, no ha habido en España comisiones de la verdad, censos oficiales o procedimientos similares sobre la suerte de las personas desaparecidas durante la guerra civil y la Ley de Memoria Histórica es insuficiente para reparar integralmente a las víctimas. Además, los juzgados territoriales competentes han contribuido a esta situación mediante el archivo sistemático de las causas relacionadas con desaparecidos, sin la realización de diligencias, aún en los casos en que existen cuerpos de personas fallecidas con signos

⁷ Caso Varnava and others vs Turkey, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, paras. 200 y 201.

⁸ El Gobierno suprime la Oficina de Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura, *El Mundo*, 2 de marzo de 2012.

de violencia. El archivo ha sido justificado, mayoritariamente, en la imposibilidad de realizar un proceso penal sin la identificación de un responsable, en la prescripción de la acción y en que los delitos estarían amnistiados, tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo en el caso contra Garzón relacionado con los crímenes del franquismo. Es cierto que el proceso penal carece de objeto si los responsables de los crímenes han fallecido, como es en el caso de los responsables de la represión franquista pero los juzgados que han recibido denuncias de familiares de personas desaparecidas podrían, por lo menos, ordenar algún tipo de diligencia con la intención de verificar la causa de la muerte, las circunstancias y la identidad de las personas y la posterior entrega de los restos a sus familiares. De este modo, se les permitiría realizar su duelo. En este sentido, el pertinente recordar que el Tribunal Supremo, en su decisión sobre la cuestión de competencia planteada por los juzgados de instrucción de El Escorial y Granada, aclaró que si bien las legítimas pretensiones de las víctimas de recuperar los restos mortales de sus familiares ejecutados extrajudicialmente y desaparecidos no podían canalizarse a través del proceso penal, reconoció que esto no impedía que se pudiese instar al juez de instrucción competente para que practique *“las diligencias dirigidas a datar aquellas acciones criminales y, si fuera necesario, a la identificación de los afectados, para proceder luego, consecuentemente, en derecho”*⁹. En caso contrario, las víctimas estarían así en una situación de indefensión ante la ausencia de un remedio efectivo a nivel nacional, que es incompatible con el derecho internacional y con los recientes desarrollos jurisprudenciales tribunales internacionales de derechos humanos como son la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo.

El Tribunal Supremo ha afirmado también, y esta posición ha sido seguida por los juzgados competentes nacionales, que los crímenes no podrían investigarse por estar prescritos y amnistiados. Con relación a la prescripción, es necesario recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la naturaleza continuada de la desaparición puede afectar los plazos de prescripción y que cuando se trata de crímenes contra la humanidad, la acción es imprescriptible. Y que si se aplicase un plazo de prescripción, éste comenzará a tener efectos desde el momento

⁹ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, Auto resolviendo cuestión de competencia, 28 de marzo de 2012, recurso número 20380/2009.

en que se ha determinado la suerte y el paradero de la persona desaparecida. El Tribunal Supremo afirmó que considerar como permanente a la desaparición forzada era una ficción contraria a la lógica jurídica; sin embargo, del derecho internacional se desprende que la obligación del Estado de investigarlas existe hasta que no se determine la suerte y el paradero de la persona desaparecida. Esta característica ha sido reconocida en la Declaración de 1992 y la Convención de 2006, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las observaciones del Comité contra la Tortura, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa e incluso por la Comisión de Derecho Internacional, entre otros.

El otro argumento esgrimido por el Tribunal Supremo ha sido la existencia de la Ley de Amnistía, aprobada por las Cortes del Estado durante la transición española. Sin embargo, el recurso a la ley de amnistía como justificación para impedir el desarrollo de investigaciones en casos de violaciones graves a los derechos humanos ha sido ampliamente criticado por la doctrina y la jurisprudencia internacional. A nivel nacional, el recurso a la Ley de Amnistía ha sido criticado y no puedo más que concordar con Capella i Roig, quien sostiene que pretender que la ley de amnistía impida investigar las desapariciones forzadas cometidas en España durante la guerra civil revela un desconocimiento total del derecho internacional de los derechos humanos¹⁰.

Los obstáculos mencionados han ubicado a los familiares de las personas desaparecidas durante la guerra civil en un estado de indefensión permanente porque continúan a día de hoy sin saber el paradero de sus allegados, sumiéndolos en una situación de incertidumbre y angustia continua. La existencia de situaciones permanentes a lo largo del tiempo trae aparejada consecuencias en el derecho de los tratados y en ciertos casos ha permitido a los tribunales internacionales ejercer su competencia aún cuando los hechos hubiesen ocurrido antes de la entrada en vigor del tratado. La desaparición forzada de personas es un delito de naturaleza continuada hasta que no se establezca la suerte y el paradero de la persona desaparecida; al mismo tiempo, coloca a los familiares en un estado de incertidumbre que se extiende

¹⁰ Capellà i Roig, Margalida, “Desaparecidos”, ¿hasta cuándo?, *El País*, 13 de septiembre de 2008.

durante todo ese período. Uno de los mayores obstáculos que encontramos en el caso español es que los hechos se cometieron hace más de 70 años y no existía un reconocimiento internacional de la desaparición forzada como existe actualmente. Todos los instrumentos internacionales son posteriores. Pero para que el principio de la irretroactividad de los tratados sea aplicable, los hechos, actos y situaciones deben haber dejado de existir o haberse completado antes de la entrada en vigor del tratado y pertenecer completamente al pasado¹¹. En el caso de las desapariciones forzadas de personas, su característica distintiva deriva de su naturaleza continuada mientras no se sepa la suerte y el paradero de la persona desaparecida, prolongando así el sufrimiento de sus familiares. Por lo tanto, una eventual aplicación de las obligaciones de investigar y reparar reconocidas en la Convención Internacional de 2006 a los desaparecidos durante la guerra civil y el régimen franquista podría no implicar una violación del principio de la irretroactividad de los tratados. Por otra parte, si el objeto de la Convención Internacional es poner fin a la impunidad que rodea a la desaparición forzada y asegurar a las víctimas y sus familiares una reparación amplia que incluya el derecho a la verdad y la entrega de los restos de los fallecidos para darles digna sepultura y poder honrarlos, la interpretación más lógica sería aquella que permitiese el ejercicio del derecho a la verdad y la consiguiente obligación del Estado de poner a su disposición todos los medios adecuados para ello mientras perdure la situación de incertidumbre. Una interpretación diferente privaría del efecto útil al tratado e impediría el acceso a un recurso efectivo para las víctimas, como ha sido sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹².

Pero aún si se rechazase esta interpretación y España considerase no tener obligación jurídica derivada de un tratado internacional ni de otra fuente del derecho, las víctimas podrían, eventualmente y bajo ciertas condiciones, recurrir a los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, ya sea a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o bien recurrir al Comité de Derechos

¹¹ Buyse, Antoine, *A Lifeline in Time - Non-retroactivity and Continuing. Violations under the ECHR*, *Nordic Journal of International Law*, vol. 75. (2006) pp. 63-88, página 72.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 24.

Humanos. Se trata de mecanismos subsidiarios que sólo pueden entrar en escena una vez que los recursos internos hayan sido agotados. El acceso al Tribunal Europeo es más restrictivo que al Comité de Derechos Humanos porque la demanda debe presentarse dentro de los seis meses de haber agotado los recursos internos. De acudir al Comité de Derechos Humanos, podría obtenerse un dictamen en el que se constatare el incumplimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos por parte de España. Como hemos visto, la violación del Pacto provendría no de la desaparición en sí sino de las actitudes posteriores a la ratificación del Pacto Internacional por parte de España que implican una perpetuación de la desaparición, como pueden ser la falta de un recurso efectivo o de investigación de los hechos. Recordemos que en su sentencia el Tribunal Supremo se refirió a los comentarios generales de los Comités contra la Tortura y del de Derechos Humanos aunque minimizó su importancia porque se trataban de recomendaciones y no de denuncias de incumplimiento. Por ello, si las víctimas demostrasen que el Estado español, con sus actitudes frente a los casos de los desaparecidos del franquismo, han perpetuado los hechos que ocurrieron originariamente en 1936, el Comité podría considerar que existe un incumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e instar a España a reparar esta situación.

Otra de las vías internacionales posibles sería acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha reconocido desde hace tiempo la existencia de situaciones permanentes que permiten habilitar su competencia *ratione temporis* bajo ciertas circunstancias, incluso en relación con hechos ocurridos antes de la aceptación de la jurisdicción del tribunal, siempre que su existencia continuase una vez que el Convenio ha entrado en vigor para el Estado en cuestión. Como principio general, el Tribunal ha excluido su competencia *ratione temporis* para actos o situaciones cometidas antes de la entrada en vigor del Convenio, pero excepcionalmente ha reconocido su competencia *ratione temporis* respecto de las violaciones de las obligaciones procesales (como por ejemplo la realización de una investigación oficial sobre la suerte de los desaparecidos) aún respecto de casos que hubiesen comenzado antes de la entrada en vigor de la Convención para el Estado acusado. En los casos *Cakici vs. Turquía*, *Tanis vs. Turquía*, *Janowiec vs. Rusia*, todos ellos referidos a desapariciones

forzadas de personas, el Tribunal Europeo señaló que la falta de investigación oficial o la realización de ellas sin la diligencia debida podía implicar, bajo ciertas circunstancias, una violación de la obligación del Estado de proteger el derecho a la vida de la persona desaparecida y de la prohibición de tratos inhumanos o degradantes en relación con los familiares. En el caso *Varnava*, el Tribunal reconoció que la obligación de investigar persistía tanto tiempo como siga sin saberse la suerte y el paradero del desaparecido. El reciente caso *Janowiec* reviste especial interés porque presenta, desde el punto de vista procesal, similitudes con el caso español al haberse producido ambas situaciones de violaciones de derechos humanos antes de la redacción y entrada en vigor del Convenio Europeo para los Estados en cuestión. Los argumentos desarrollados por el Tribunal Europeo podrían, eventualmente, ser aplicados al caso de los desaparecidos en España y, en consecuencia, reconocer a sus familiares de derechos de reparación. Por otra parte y si, como ha sostenido en varias oportunidades el Tribunal Europeo y también la Corte Interamericana, la negativa del Estado a informar sobre el paradero de las víctimas así como la falta de investigación oficial sobre la suerte de los desaparecidos equivale a un delito autónomo de torturas o tratos inhumanos o degradantes, dicha situación se seguiría cometiendo en la actualidad ante la falta del Estado español de proporcionar a los familiares de los desaparecidos de los mecanismos eficaces para determinar de forma certera la suerte de esas personas. Por lo tanto, si, hipotéticamente, se cumpliesen las condiciones de admisibilidad y el Tribunal determinase que con sus actitudes posteriores a la ratificación del Convenio, España ha violado sus disposiciones y contribuido a la perpetuación de una situación de indefensión, los familiares podrían obtener un reconocimiento de sus derechos que podrían llevar al Estado a adoptar políticas proactivas de reparación integral. Como se desprende de los casos citados, los familiares deberán demostrar que impulsaron actividades procesales desde la entrada en vigor del Convenio Europeo, que actuaron con diligencia, que sus esfuerzos han sido infructuosos y que han obtenido siempre el mismo resultado: la imposibilidad de investigar con la consiguiente incertidumbre continua sobre la suerte de sus desaparecidos, siendo víctimas de una situación permanente de injusticia. De lo contrario, es muy probable que el Tribunal Europeo rechace por inadmisibile la demanda, como lo hizo el 27 de marzo de 2012 en el caso *Dorado vs. Spain*, en el que señaló que los denunciantes no habían actuado con la

debida diligencia y que habían esperado demasiado tiempo para acudir el Tribunal¹³, o a fines de 2012 en la decisión de inadmisibilidad del juez único, sin razonamiento alguno, en el caso Canales Bermejo vs España.

Por último, el recurso a la jurisdicción universal es una realidad -como lo demuestra la querella iniciada en la Argentina- cuyos resultados están aún por verse, pero que, en cualquier caso, significará un avance positivo para las víctimas porque es de esperar que la investigación arroje algo de luz sobre los acontecimientos del pasado.

En relación con los casos de desaparición de niños nacidos cuando sus madres se encontraban en cautiverio por razones políticas y su posterior separación y envío a las instituciones del Estado para ser educados bajo los valores de esas instituciones y no el de sus familias biológicas, la situación resulta más grave aún. Si se confirmase además que el régimen de Franco, al repatriar a los niños exiliados hijos de republicanos, llevó adelante una política de supresión de su identidad, estaríamos en presencia de crimen que continuaría cometiéndose en la actualidad porque esos niños son hoy adultos mayores que han vivido bajo una identidad concedida arbitrariamente por el Estado, por decir lo menos. Las instituciones del Estado deberían adoptar todas las medidas para que se investiguen los hechos, se reparen a las víctimas y en los casos pertinentes se pueda obtener la recuperación de la identidad de esas personas mediante, por ejemplo, la creación de un banco genético, como ha sucedido en la Argentina. No hacerlo, implicaría una contribución a la perpetración del delito¹⁴.

A pesar de la gravedad de la situación tanto para los familiares de las personas desaparecidas como de los niños repatriados y cuyas identidades han sido modificadas, las instituciones del Estado parecen empeñadas en cerrar definitivamente las puertas a cualquier tipo de investigación. El único juez que pretendió iniciar algún tipo de investigación oficial sobre la suerte de los desaparecidos durante la guerra civil

¹³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Gutiérrez Dorado and Dorado Ortiz vs. Spain, Decisión de 27 March 2012.

¹⁴ Juzgado Central de instrucción Nº 5, Audiencia Nacional, Madrid, Sumario (Proc. Ordinario) 53/2008 E, 18 de noviembre de 2008, Razonamiento jurídico Duodécimo, disponible en Garzón contra el Franquismo. Los autos íntegros del juez sobre los crímenes de la dictadura, págs. 170 y 171.

y el franquismo ha sido enjuiciado (aunque absuelto) por prevaricación judicial, lo que representa un golpe a la independencia de los jueces y sienta un peligroso precedente que ya está teniendo efectos en el ámbito judicial, como lo demuestra el continuo archivo de los procesos iniciados sobre exhumación de fosas sin la realización de diligencias preliminares. Se trata de una situación grave porque la autonomía en la interpretación del derecho es un elemento fundamental en la función de los jueces y en el progreso de los derechos humanos¹⁵.

Es cierto que los responsables principales de las desapariciones forzadas cometidas durante la guerra civil han fallecido y que existen obstáculos difíciles de sortear en relación con el esclarecimiento de los hechos. No obstante, las obligaciones de investigar y reparar son una parte fundamental del derecho internacional de los derechos humanos y así ha sido reconocida por tribunales internacionales y órganos de Naciones Unidas. Sólo una vez que se ha clarificado la suerte y el paradero de la persona desaparecida, sus restos entregados a sus familiares y la verdad ha sido determinada podremos afirmar que el delito ha terminado, no pudiendo las leyes de amnistía eliminar ni obstaculizar el derecho de los familiares a la reparación ni el derecho a saber, reconocido por el derecho internacional¹⁶. Es tiempo ya de que el derecho ponga más énfasis en las víctimas y no en los culpables. Como afirma Cançado Trindade, los jueces deben liberarse de las limitaciones derivadas de una estricta interpretación del derecho y abrirse a soluciones jurídicas en beneficio de lo que él denomina el *“tiempo de los seres humanos”*¹⁷.

¹⁵ UN Service Media, Spain: United Nations experts express concern over implications of judge Garzón case, 8 February 2012, disponible en http://www.unog.ch/80256EDD006B9C2E/%28httpNewsByYear_en%29/28A4885593C8F0EEC125799E005989B8?OpenDocument

¹⁶ Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2005/102/Add.1, Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, 8 de febrero de 2005, principio 24(b).

¹⁷ The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, Concurring Opinion of Judge A.A. Cancado Trindade, Advisory Opinion OC-16/99, October 1, 1999, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser A) No. 16 (1999), para. 5.

Anexos

Anexo 1

Formulario para enviar información sobre la Desaparición Forzada o Involuntaria de una persona



Formulario para enviar información sobre la Desaparición Forzada o Involuntaria de una persona



Importante: Los elementos marcados con (*) son obligatorios

Nota: Si desea que determinados datos de la presente información se consideren confidenciales, escriba la palabra “CONFIDENCIAL” junto a dichos datos.

CASOS TRANSMITIDOS POR ORGANIZACIONES: Por favor, tenga en cuenta que si el caso lo transmite una organización, es necesario que dicha organización sea capaz de llevar el seguimiento del caso en el futuro, transmitiendo a la familia la información recibida del Gobierno y enviada por el Grupo de Trabajo, así como la información enviada por la familia al Grupo de Trabajo, hasta que se determine el destino o paradero de la persona. En este sentido, por favor, indique si la familia de la víctima ha dado su consentimiento expreso de que es su organización la que transmite el caso al Grupo de Trabajo en su nombre y si su organización será capaz de llevar a cabo el seguimiento del caso entre la familia y el Grupo de Trabajo.

***Consentimiento de la familia de la víctima dado expresamente a su organización para transmitir este caso:**

Sí _____ No _____

***Si el caso lo transmite una organización, podrá dicha organización llevar a cabo el seguimiento del caso, transmitiendo la información entre la familia y el Grupo de Trabajo:**

Sí _____ No _____

1. Datos de la persona desaparecida:

(a) **Apellido (*)**:

(b) **Nombre (*)**:

(c) **Sexo**: __ hombre __ mujer

(d) Fecha de nacimiento:

.....

(e) Documento de identidad:

.....

Núm.:

.....

Fecha de expedición:

.....

Lugar de expedición:

.....

(f) Domicilio habitual:

.....

(g) Indígena: __ sí __ no

(h) Embarazada: __ sí __ no

2. Fecha en que tuvo lugar la desaparición (al menos, mes y año) (*):

Fecha de la desaparición:

.....

3. Lugar en que la persona fue detenida o secuestrada o lugar en que la persona fue vista por última vez (*):

Lugar (si es posible, indíquese la calle, ciudad, provincia u otra información relevante):

.....

.....

4. Fuerzas (estatales o apoyadas por el Estado) a las que se considera responsables de la desaparición (*):

(a) Si se cree que los presuntos autores son agentes del Estado, por favor especifique (militar, policía, personas uniformadas o no, agentes de los servicios de seguridad, unidad a la que pertenecen, cargo y funciones, etc.) e indique por qué se cree que son responsables; sea lo más preciso posible:

.....

.....

.....

.....

.....

(b) Si no es posible identificar a los agentes del Estado que realizaron la detención o el secuestro, indique la razón por la que cree que se trata de agentes del Estado o personas vinculadas a ellos.

.....

.....

.....

.....

.....

(c) Si la detención o el secuestro tuvieron lugar en presencia de testigos, proporcione sus nombres. Si los testigos no desean dar sus nombres, indique si se trata de familiares, testigos circunstanciales, etc. Si existen pruebas, por favor especifíquelas:

.....

.....

.....

.....

5. Acciones llevadas a cabo por los familiares u otras personas para localizar a la persona (investigación con la policía, prisiones, comisión de derechos humanos, petición del habeas corpus, etc.) (*):

(a) Indique si se han denunciado los hechos, **cuándo**, por **quién**, y ante **qué órgano**.

.....

(b) Otras medidas tomadas:

.....

.....

.....

.....

.....

(c) Si no se pudo llevar a cabo ninguna acción, por favor, explique por qué:

.....

.....

.....

.....

.....

6. Datos de la persona que proporciona la presente información (*):

(a) Apellido:

(b) Nombre:

(c) Relación con la persona desaparecida:

.....

(d) Organización (si procede):

.....

(e) Dirección (teléfono, fax, e-mail):

.....

.....

.....

.....

(f) Por favor, indique si desea que los datos sobre su identidad sean considerados confidenciales:

Sí _____

No _____

Información adicional sobre el caso:

Por favor, añada cualquier información que pueda ser relevante y que no haya contestado en las preguntas anteriores. Si no pudo contestar a alguno de los elementos marcados con (*), por favor, indique por qué.

.....

.....

.....

.....

Fecha:

Firma del informante:

Dirección para enviar los casos:

e-mail: wgeid@ohchr.org

fax: 4122 917 9006, Atención: WGEID

Dirección de correos:

WGEID

OHCHR, Palais des Nations

8-14 Avenue de la Paix

CH-1211 Geneva 10

Switzerland

Anexo 2

Formulario modelo para presentar una comunicación

El siguiente formulario constituye una guía para las personas que deseen presentar una comunicación al Comité contra las Desapariciones Forzadas, para su consideración con arreglo al artículo 31 de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada. Por favor, proporcione información relevante y pertinente en respuesta a los puntos enumerados a continuación. Su comunicación no debe exceder de 50 páginas (sin los anexos).

1. Información sobre el Estado parte en cuestión

- Nombre del Estado parte (país) que presuntamente ha cometido la violación
 - que sea parte del Convenio Internacional para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada **y**;
 - haya hecho una declaración de acuerdo con el artículo 31 de la Convención.

2. Información sobre el autor de la comunicación

- Apellido(s) _____ • Nombre _____
- Dirección habitual _____
- Dirección para correspondencia confidencial (en caso de que sea distinta de la dirección actual)

- Teléfono/correo electrónico (si dispone de ellos)
_____/_____
- Si actúa con el conocimiento y consentimiento de la persona, por favor proporcione pruebas del consentimiento de la víctima; o
- Si no está autorizado, por favor explique la naturaleza de su relación con esa persona: _____ y detalle porqué considera apropiado presentar esta queja en su nombre: _____
- Si desea que su identidad no sea revelada en la decisión final del Comité respecto a su comunicación, por favor indíquelo: _____

3. Información relativa a la presunta víctima

Si hay un grupo de personas que alegan ser víctimas, sírvanse proporcionar información básica acerca de cada una de ellas.

- Apellido(s) _____ • Nombre _____
- Sexo _____
- Fecha de nacimiento _____
- Lugar y país de nacimiento _____
- Nacionalidad (Nacionalidades) / ciudadanía _____
- Dirección habitual _____
- Si desea que la identidad de la víctima no sea revelada en la decisión final del Comité respecto a su comunicación, por favor indíquelo: _____

Si su comunicación se refiere a la desaparición forzada de una persona, proporcione también la siguiente información sobre la víctima, si es posible (opcional):

- Pseudónimos u otras formas además del nombre por el cual la persona es conocida (si aplica al caso o es posible) _____
- Profesión/ Ocupación/ Otra actividad relevante _____
- Nombre del padre _____
- Nombre de la madre _____
- Si procede, origen étnico, pertenencia a un pueblo indígena o minoría, afiliación religiosa, pertenencia a un grupo político o social _____
- Documento de identidad (pasaporte, documento nacional de identidad, credencial de elector u otro documento de identidad)
- ¿Era menor de 18 años en el momento de la desaparición? ____ sí / ____ no
- Estado civil / Hijos _____ / _____
- Embarazada ____ sí/ ____ no. En caso afirmativo, especifique, si es posible, el número de meses en el momento de la desaparición ____

4. Hechos relacionados con la comunicación y artículos violados

- Por favor, explique en orden cronológico los hechos y las circunstancias en que se produjeron las supuestas violaciones. Incluya todos los aspectos que puedan ser relevantes para la consideración y examen de su caso.

- Si es posible, identifique los artículos de la Convención que presuntamente han sido violados.
- Explique cómo considera que los hechos y circunstancias descritas violan los derechos de la Convención. Si la comunicación se refiere a más de una disposición, describa cada cuestión por separado.

Importante: Tenga en cuenta que es muy recomendable adjuntar copias de la documentación relevante relativa a sus reclamaciones. NO ENVIE ORIGINALES

Si su comunicación es relativa a la desaparición forzada de una persona(s), incluya la siguiente información como parte de los hechos (si es posible):

- Fecha de la detención, secuestro o desaparición
- Lugar en el que se produjo la detención, el secuestro o desaparición (sea lo más preciso posible, indicando calle, ciudad, provincia o cualquier otra información pertinente)
- Fecha en que la persona fue vista por última vez, si es diferente de la fecha de la detención o el secuestro (ejemplo: si después de su detención o secuestro fue vista meses más tarde en prisión)
- Lugar en el que la persona fue vista por última vez, si éste es diferente del lugar de su detención o secuestro. (Ejemplo: si después de su detención o secuestro fue vista meses más tarde en prisión. Sea lo más preciso posible, indicando calle, ciudad, provincia o cualquier otra información pertinente)
- Si es posible, por favor, proporcione una descripción completa de cómo se produjo la desaparición.
- Identifique, si es posible, las fuerzas estatales, entidades o grupos considerados responsables de la desaparición.
 - Si cree que los autores son agentes del Estado, por favor, indique y especifique de qué fuerza se trata y porque las considera responsables. Sea lo más preciso posible -indique si se trata del ejército, policía, personas uniformadas o de civil, agentes de los servicios de seguridad; así como la unidad a la que pertenecen, rango y funciones, las identificaciones presentadas, etc.-.
 - Si la identificación como agentes del Estado no es posible, indique por qué cree que las autoridades gubernamentales o personas vinculadas a ellos, pueden ser responsables del incidente. Por favor, indique si sus miembros actuaron con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado. Explique por qué cree que las autoridades gubernamentales, o las personas vinculadas a ellas, son responsables del suceso.
- Información adicional sobre el caso. Por favor, indique cualquier otra información pertinente que pueda ser útil.

5. Agotamiento de los recursos internos efectivos disponibles

Describa las medidas adoptadas por, o en nombre de, la presunta víctima para obtener reparación del Estado en cuestión con relación a las presuntas violaciones. Por ejemplo, los intentos realizados por lograr una solución por medios judiciales y/o administrativos, incluyendo:

- Tipo(s) de remedio(s) perseguido(s)
- Fecha(s)
- Lugar(es)
- Quién inició la medida
- A qué autoridad u órgano fue dirigida
- Nombre del tribunal que instruyó el caso (si lo hubo)
- Resultado (si lo hay)

Los recursos internos no necesitan agotarse si su solicitud fuera prolongada de forma injustificada, si fueran ineficaces, o si no estuvieran disponibles. Si no ha agotado los recursos internos por una de estas razones, o por cualquier otra razón, por favor, explíquelas con detalle.

Importante: Se ruega adjuntar copias de toda la documentación pertinente. (*Por ejemplo*, decisiones administrativas o judiciales). NO ENVIE ORIGINALES

1. Otros procedimientos internacionales

¿ Ha presentado la misma cuestión para que sea examinada bajo otro procedimiento de investigación o arreglo internacional (por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, u otros Comités que supervisan la aplicación de los principales tratados internacionales de derechos humanos, o los mecanismos regionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos)?

En caso afirmativo, explique lo siguiente:

- Tipo de procedimiento/s
- Reclamaciones que ha hecho
- Fecha en que presentó su queja
- Resultados (si los hay)

Importante: Se ruega adjuntar copias de toda la información pertinente (por ejemplo, su solicitud, el resultado final). NO ENVIE ORIGINALES

7. Solicitud de medidas cautelares (opcional)

Debe indicar expresamente si desea que el Comité solicite medidas cautelares al Estado en cuestión para evitar daños irreparables a la víctima de la violación alegada. En ese caso:

- describa el riesgo personal de la víctima;
- identifique el posible daño irreparable;
- si es posible, indique la(s) medida(s) que podrían ser tomadas por el Estado en cuestión con el fin de evitar posibles daños irreparables.

8. Fecha y firma

Fecha/lugar:

Firma del autor o autores y/o de la/s víctima/s:

9. Lista de documentos adjuntos (no enviar originales, sólo copias)

El autor(es) de una comunicación debe asegurarse, antes de enviar el formulario de la comunicación, que todos los elementos requeridos anteriormente están incluidos. Esto permitirá una consideración del caso de forma más sencilla.

Anexo 3

Cuestionario del CIS, 22 de octubre de 2005

PREGUNTA 11

Cambiando de tema, ¿está Ud. Más bien de acuerdo o más bien en desacuerdo en que se debería adoptar alguna iniciativa en señal de reconocimiento a las víctimas de la guerra civil española?

	. %	. (N)
Más bien de acuerdo	54.1	(1346)
Más bien en desacuerdo	24.8	(617)
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	11.4	(284)
N.S.	8.6	(215)
N.C.	1.1	(27)
TOTAL	100.0	(2489)

PREGUNTA 12

¿Y está Ud. más bien de acuerdo o más bien en desacuerdo con que ese reconocimiento puede ayudar a reparar el sufrimiento de las víctimas?

	. %	. (N)
Más bien de acuerdo	44.8	(1114)
Más bien en desacuerdo	33.9	(844)
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	11.0	(273)
N.S.	8.6	(213)
N.C.	1.8	(45)
TOTAL	100.0	(2489)

PREGUNTA 13

Y en relación con esto. ¿Está Ud. más bien de acuerdo o más bien en desacuerdo con cada una de las frases que voy a leerle a continuación?

	Más bien de acuerdo	Más bien en desacuerdo	Ni de acuerdo ni en desacuerdo	N.S.	N.C.	. (N)
No tiene sentido debatir o realizar acciones para reparar hechos que ya son historia	43.4	40.0	8.0	7.2	1.4	(2489)
Las víctimas de la guerra civil han sido las grandes olvidadas y ya es hora de reparar esta injusticia	53.3	24.0	11.2	9.9	1.6	(2489)
Las víctimas de la guerra civil estaban en ambos bandos y cualquier homenaje hacia ellas debe incluir las a todas	72.9	9.9	6.3	8.8	2.1	(2489)
Las víctimas tuvieron un reconocimiento diferente según el bando al que pertenecieron	65.9	7.6	6.7	17.8	2.0	(2489)

Fuente: Distribuciones de Frecuencia Marginales del Estudio 2622 Cuestionario 0 Muestra 0, CIS, 22 de octubre de 2005

Anexo 4

Modelo de informe municipal sobre enterramiento de "individuos desconocidos" que todos los Ayuntamientos debieron enviar al comandante Haro Lumbreras, gobernador militar y civil de Huelva, en plena oleada represiva (Manzanilla, 16 de septiembre de 1936). Archivo Municipal de Manzanilla (Huelva)

Excmo. Sr.

Nº 574

En cumplimiento de lo ordenado, debo manifestar á V.E. que desde el día 28 del pasado mes de Julio al de la fecha, ambos inclusive, han sido enterrados en el Comenterio de esta villa treinta y cinco cadáveres de individuos desconocidos.

Dios guarde á V.E. muchos años.

Manzanilla á 16 de Septiembre de 1936.

Excmo. Sr. Gobernador Militar de

H U E L V A
=====

Fuente: Espinosa Maestre, Francisco, Informe sobre la represión franquista Estado de la cuestión, disponible en <http://www.salamancamemoriayjusticia.org/der/epinosanacional.pdf>

Anexo 5

Instrucciones secretas sobre la ejecución del decreto de noche y niebla

requisite number of lawyers is not always obtainable, the course of the main proceedings is also frequently hampered by the inability of individual lawyers to appear.

I therefore propose to insert in No. 7 of the decree for the carrying out of the directives laid down by the Fuehrer and Supreme Commander of the Armed Forces of 7 December 1941 the following regulation, which is to be paragraph 2:

"In trials before the Sondergericht [Special Court] in which according to the regulations defense counsel has to be provided for the defendant, the regulation may be ignored when the president of the court can conscientiously state that the character of the accused and the nature of the charge make the presence of a defense counsel superfluous."

Please comment as soon as possible.

BY ORDER:

[Department] IV [Department] III
[Initial Illegible]

[Initials] V [Vollmer] 4 February

M [Mettgenberg] 4 February

A [Ammon] 3 February

C [Crohne] 3 February

2. 3 weeks later.
3 March

TRANSLATION OF DOCUMENT NG-269 PROSECUTION EXHIBIT 319

SECRET INSTRUCTIONS OF REICH MINISTRY OF JUSTICE TO PROSECUTORS AND JUDGES, INITIALED BY DEFENDANTS ALTSTOETTER, METTGENBERG, AND VON AMMON, 6 MARCH 1943, CONCERNING MEASURES NECESSARY TO MAINTAIN SECRECY OF NIGHT AND FOG PROCEDURES

Draft

Berlin, 6 March 1943

The Reich Minister of Justice
IV a 398/43 secret

[Stamp] Secret

Secret

1. To:

a. The Chief Reich Prosecutor at the People's Court

b. The Attorneys General in Celle, Duesseldorf, Frankfurt/
Main, Hamburg, Hamm, Kiel, and Cologne

c. The Attorney General at the Berlin Court of Appeal

Subject: Criminal procedures on account of criminal acts com-
mitted against the Reich or the occupying power
in the occupied territories

Enclosures: Extra copies for the Chief Public Prosecutors in
Essen, Kiel, and Cologne and for the Attorney
General at the Berlin District Court

For the attention of:

a. The President of the People's Court

b. The Presidents of the District Courts of Appeal in Hamm,
Kiel, and Cologne

c. The President of the Berlin Court of Appeal

Enclosures: Extra copies for the Presidents of the District Courts
in Hamm, Kiel, Cologne, and Berlin

[Stamp] Chancellery of Justice

6 March 1943

With regard to criminal procedures on account of criminal acts
against the Reich or against the occupying forces in the occupied
territories (so-called Night and Fog cases) I request the ob-
servance of the following directives in order not to endanger the
necessary top secrecy of the procedure, *particularly, regarding
the execution of death sentences and other cases of death among
prisoners.* [Italicized text crossed out in the original document.]

1. The cards used for investigations for the Reich crime statis-
tics need not be filled in. Likewise, notification of the penal records
office will be discontinued until further notice. However, sen-
tences will have to be registered in lists or on a card index in
order to make possible an entry into the penal records in due
course.

2. In cases of death, especially in cases of execution of NN
prisoners, as well as in cases of female NN prisoners giving birth
to a child, the register must be notified as prescribed by law.
However, the following remark has to be added: "By order of the
Reich Minister of the Interior, the entry into the death (birth)
registry must bear an endorsement, saying that examination of
the papers, furnishing of information and of certified copies of
death (birth) certificates is only admissible with the consent of
the Reich Minister of Justice."

795

3. In case an NN prisoner sentenced to death desires to draw up a public will, proceedings must follow No. 30, paragraph 2 of my circular ordinance of 19 February 1939, article 417-III a, 318.39. The persons who assist the drawing up of the will are, if necessary, to be sworn to secrecy. The will has to be taken into official custody according to article 2 of the Probate Law. The deposition receipt has to be kept by the prosecution until further notice.

4. Farewell letters by NN prisoners as well as other letters must not be mailed. They have to be forwarded to the prosecution who will keep them until further notice.

5. If an NN prisoner who has been sentenced to death and informed of the forthcoming execution of the death sentence desires spiritual assistance by the prison padre, this will be granted. If necessary, the padre must be sworn to secrecy.

6. The relatives will not be informed of the death and especially of the execution of an NN prisoner. The press will not be informed of the execution of a death sentence, nor must the execution of a death sentence be publicly announced by posters.

7. The bodies of executed NN prisoners or prisoners who died from other causes have to be turned over to the State Police for burial. Reference must be made to the existing regulations on secrecy. It must be pointed out especially that the graves of NN prisoners must not be marked with the names of the deceased.

The bodies must not be used for teaching or research purposes.

8. Legacies of NN prisoners who have been executed or died from other causes must be kept at the prison where the sentence was served.

BY ORDER:

[Initials] SCH [Schaefer] 5 March
Mx [Marx] 3 March
A [Altstoetter] 3 March
M [Mettgenberg] 25 February
v. A. [von Ammon] 27 February
[Initials] W [Westphal] 27 February
V [Vogel] 26 February
R [Rexroth] 27 February
H [Hecker] 26 February
Ei [Eichler] 1 March

2. Copy of (1) to District Court Judge Dr. von Ammon and to Chief Public Prosecutor Dr. Metten, also to Dr. Eichler.

3. To be submitted again after being mailed.

[Stamp] Mailed 8 March 1943

[Handwritten] resubmitted [Initials illegible] March 9

[Handwritten notes illegible]

Distribution

The circular ordinance of 6 March 1943—IV a 398/43—has been mailed today to the following addresses:

- 786 b 1. Chief Reich Prosecutor at the People's Court, Berlin.
7 2. Attorney General, Celle.
8 3. Attorney General, Duesseldorf.
9 4. Attorney General, Frankfurt (Main).
90 5. Attorney General, Hamburg.
1 6. Attorney General, Hamm.
2 7. Attorney General, Kiel.
3 8. Attorney General, Cologne.
4 9. Attorney General at the Court of Appeal, Berlin.
5 10. President of the People's Court, Berlin.
6 11. President of the Supreme Court of Appeal, Hamm.
7 12. President of the Supreme Court of Appeal, Kiel.
8 13. President of the Supreme Court of Appeal, Cologne.
799 b 14. President of the District Court, Berlin.

[Handwritten] 14 Weber

[Stamp] Berlin, W 8, 8 March 1943, 6-7 afternoon

TRANSLATION OF DOCUMENT NG-281
PROSECUTION EXHIBIT 323

FILE NOTE OF DEFENDANT VON AMMON, 7 OCTOBER 1943,
CONCERNING DEFENDANT LAUTZ' QUESTION AS TO GIVING
DEFENDANTS TRANSLATIONS OF THE INDICTMENTS AGAINST THEM
IN NIGHT AND FOG CASES

1. *Note*—Chief Reich Prosecutor Lautz asked me whether there were any objections to translations of indictments in NN proceedings being handed over to the defendants. It has turned out to be inconvenient that the defendants learned the details of the charges raised against them only during the trial. Also the interpretation by the defense counsel is not always sufficient, since their French mostly is not good enough and since the defendants were brought to the place of the trial only shortly before it was held.

The procedure adopted for Czech defendants, viz, having the indictment translated to them orally by a Czech-speaking sergeant,

797

Fuente: http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-crimeals_Vol-III.pdf

Bibliografía

- Abi-Saab, Georges, *De La Jurisprudence. Quelques reflexions sur son role dans le développement du droit international*, en Manuel Pérez González et al, *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1437
- Addis, Adeno, *Imagining the International Community: The Constitutive Dimension of Universal Jurisdiction*, *Human Rights Quarterly*, Volume 31, Number 1, February 2009, pp. 129-162
- Aguilar Cavallo, Gonzalo, *La desaparición forzada de personas: Naturaleza, fuentes y jerarquía. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional relativo a la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas*, *Estudios Constitucionales*, Año 7, Nº 2, 2009, pp. 429-463
- Aguilar Fernández, Paloma, *Justicia, política y memoria. Los legados del franquismo en la transición española*, en VVAA (eds), *Las políticas hacia el pasado juicios: depuraciones, perdón y olvido en las nuevas democracias*, Tres Cantos: Istmo, 2002
- Aguilar Fernández, Paloma, *The Timing and the Scope of Reparation, Truth and Justice Measures: A Comparison of the Spanish, Argentinian and Chilean Cases*, pp. 503-529 en Ambos, Kai et al (eds), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2009
- Aguilar Fernández, Paloma, *Transitional or Post-Transitional Justice? Recent Developments in the Spanish Case*, *South European Society and Politics*, Vol. 13, Number 4, December 2008, pp. 17-433
- Aguilar Fernández, Paloma, *La justicia transicional en los casos español, argentino y chileno*, Conferencia Internacional Paz y Justicia – Elementos Conformadores del Futuro, 25-27 de junio de 2007, página 5.
- Aldana-Pindell, Raquel, *In Vindication of Justiciable Victims. Rights to Truth and Justice for State-Sponsored Crimes*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Volume 35, Number 5, November 2002, pp. 1399-1501

- Alejandro García, Juan Antonio, La Justicia penal en la Guerra civil, Historia 16, La Guerra civil, núm. 14: Sociedad y Guerra, Madrid 1986, pp. 91
- Alizadeh, Homayoun, A Proposal for How to Realize Human Rights at the National and Regional Level: A Three-Pillar Strategy, *Human Rights Quarterly*, Vol. 33, 2011, 826–855
- Almqvist, Jessica y Espósito, Carlos, (eds), *The Role of Courts in Transitional Justice. Voices from Latin America and Spain*, Routledge, 2011, pp. 326
- Altıparmak, Kerem, The Application of the Concept of Continuing Violation to the Duty to Investigate, Prosecute and Punish under International Human Rights Law, *Turkish Yearbook of Human Rights*, Vol. 21, 1999
- Alston, Philip and Crawford, James (eds), *The future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, 2000, pp. 563
- Amnesty International, United States of America/Yemen. Secret Detention in CIA “Black Sites”, AMR 51/177/2005, November 2005
- Amnistía Internacional, España: poner fin al silencio en relación a la injusticia, la deuda pendiente con las víctimas de la guerra civil española y del régimen franquista, 2005, disponible en www.es.amnesty.org/paises/espana
- Amnistía Internacional, Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el Franquismo en España, 9 de mayo de 2012
- Ambos, Kai (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Editorial Temis, Bogotá, 2009
- Ambos, Kai, Impunity and International Criminal Law: A Case Study on Colombia, Peru, Bolivia, Chile and Argentina, *Human Rights Law Journal*, Vol. 18, 1997, pp. 1-15
- Ambos, Kai y Bohm, María Laura, *La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo*, pp. 151-291 en Ambos, Kai (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Editorial Temis, Bogotá, 2009, pp. 251
- Análisis del Fallo del Caso Miguel Angel Sandoval Rodríguez, por Memoria y Justicia, disponible en http://www.memoriayjusticia.cl/espanol/sp_docs-sand.html

- Anderson, Kirsten, How Effective is the International Convention for the Protection of All Persons From Enforced Disappearance Likely to be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearance?, 2006, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 11, Num. 7 (2)
- Andreu-Guzmán, Federico, Le Groupe de travail sur les disparitions forcées des Nations Unies, *Revue Internationale de la Croix Rouge*, Décembre 2002, Vol. 84, N° 848
- Andreu-Guzmán, Federico, The Draft International Convention on the Protection of All Persons from Forced Disappearance, *The Review of the ICJ - Impunity, crimes against humanity and forced disappearance*, N° 62 – 63, Geneva, September 2001
- Annan, Kofi, “Two concepts of sovereignty”, *The Economist*, 18 September 1999
- Aradau, Claudia and van Munster, Rens, Exceptionalism and the “War on Terror”, *Criminology Meets International Relations, British Journal of Criminology*, Vol. 49, 2009, pp. 686-701
- Armengou, Montse y Belis, Ricard, Los niños perdidos del franquismo, *Revista Pueblos* N° 12, Especial Derechos Humanos, verano de 2004
- Artacho, F. y Grimaldi, F., Andalucía desvela pueblo a pueblo la represión franquista, Público, 29 de diciembre de 2010, disponible en <http://memoriahistorica.org.es/joomla/index.php/component/content/article/108-andalucia-desvela-pueblo-a-pueblo-el-terror-franquista>
- Avery, Lisa, A return to life: The right to identity and the right to identify Argentina’s “living disappeared”, *Harvard Women’s Law Journal*, Vol. 27, 2004, pp. 236-272
- Barrett, Joseph, Chechnya’s last hope? Enforced disappearances and the European Court of Human Rights, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 22, 2009
- Bassiouni, Cherif, Nuremberg. Forty years after, *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 80, 1986, pp. 59-64

- Bassiouni, Cherif, Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical perspectives and Contemporary practice, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 42.1, 2001-2002
- Bassiouni, Cherif, International Recognition of Victims' Rights, *Human Rights Law Review*, Vol. 6, 2006, pp. 203-279
- Bassiouni, Cherif, Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Num. 4, 1996, pp. 9-28
- Bassiouni, Cherif, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 820
- Berquist, Amy and Weissbrodt, David, Extraordinary Rendition: a Human Rights Analysis, 2006, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 19
- Bird, Annie, Third State Responsibility for Human Rights Violations, *The European Journal of Human Rights*, Vol. 21, N°4, pp. 883-900
- Boisson de Chazournes, Laurence, La Rosa, Anne Marie, Makane Moise Mbenge, *Article 18. Convention 1969*, en Corten, Olivier, Klein, Pierre, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford Commentaries International Law), Oxford University Press, USA; 1 edition (May 26, 2011).
- Boot Walling, Carrie, Human Rights in Latin America: A Politics of Terror and Hope, *Human Rights Quarterly*, Volume 32, Number 4, November 2010, pp. 1032-1037 (Review)
- Brody, Reed and González, Felipe, Nunca Más: An Analysis of International instruments on "Disappearances", *Human Rights Quarterly*, Vol. 19, Num. 2, 1997
- Brody, Reed, Commentary on the Draft UN "Declaration On The Protection Of All Persons From Enforced Or Involuntary Disappearances", *Netherlands Quarterly Human Rights*, Vol. 8, 1990, pp. 381-394
- Burbidge, Peter, Waking the dead of the Spanish Civil War, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2001, p. 753-781
- Buergethal, Thomas, The U.N. Human Rights Committee, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 5, 2001, pp.341-398

- Burgorgue-Larsen, Laurence, La Corte Europea de los Derechos Humanos y el Derecho penal, *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2005, Número XXI, pp. 317-378
- Burgorgue-Larsen, Laurence, Úbeda de Torres, Amaya, Greenstein, Rosalind, *The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary*, Oxford University Press, 2011
- Burleigh, Michael, El Tercer Reich. Una nueva historia, Taurus, 2002, pp. 916
- Buyse, A.C., A Lifeline in Time - Non-retroactivity and Continuing. Violations under the ECHR, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 75. (2006) pp. 63-88
- Callejon, Claire, Une immense lacune du droit international comblée avec le nouvel instrument des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Vol. 66, 2006
- Calvet Martínez, Elisenda, *The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances*, en Felipe Gómez Isa and Koen de Feyter (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, HumanitarianNet, 2009
- Camacho Gómez, Juan José, La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional, *Revista Mexicana de Política Exterior*, Vol. 66, 2007
- Cançado Trindade, Antonio Augusto, International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* (II), *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 317, 2005, pp. 9-312
- Cançado Trindade, Antonio Augusto, International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* (I). *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 316, 2005, pp. 9-440
- Cançado Trindade, Antonio Augusto, *The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments*, en K. Vasak *Amicorum Liber - Les droits de l'homme à l'aube du XXIe. siècle*, Brussels, Bruylant, 1999, pp. 521-544
- Cançado Trindade, Antonio Augusto, *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*, Universidad de Deusto, 2001, pp. 104.

- Cannizzaro, Enzo (ed), *The Law of Treaties. Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, 2011
- Capellà i Roig, Margalida, *Las “desapariciones forzadas” en España durante la guerra civil y el franquismo: violaciones y crímenes de derecho internacional sin reparación ni castigo*, Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. 6, 1999, pags. 265-302
- Capellà i Roig, Margalida, La Recuperación de la Memoria Histórica desde la Perspectiva Jurídica e Internacional, *Entelequia. Revista Interdisciplinar: Monográfico*, nº 7, septiembre 2008
- Capellà i Roig, Margalida, Los crímenes contra la humanidad en el caso Scilingo, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 10, 2005
- Capellà i Roig, Margalida, “Desaparecidos”, ¿hasta cuándo?, *El País*, 13 de septiembre de 2008
- Cardona, Gabriel, *Las torres del honor, un capitán del ejército en la Transición y el golpe de estado del 23 F*, Barcelona, Destino, 2011, pp. 335
- Carnerero Castilla, Rubén, *Un paso atrás en la lucha contra la impunidad*, Cuadernos de jurisprudencia internacional; 1. Madrid: Universidad Complutense, Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado, 2004, pp. 83-103
- Carnerero Castilla, Rubén, *Los tribunales internos y la violación de normas internacionales imperativas por los Estados. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 21 de noviembre de 2001, en el asunto "Al-Adsani c. Reino Unido"*, en *El poder de los jueces y el estado actual del derecho internacional: análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, Luis Ignacio Sánchez Rodríguez, Francisco Javier Quel López, Ana Gemma López Martín (coords), 2010, pp. 109-124
- Cartagena Santos, Ilda Lilian, *Desapariciones forzadas: una violación al derecho internacional humanitario y derecho internacional de derechos humanos*, *Revista Ciencia y Tecnología*, No. 6, Segunda época, junio 2010
- Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, en Manuel Pérez González et al,

Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1437.

- Carrillo-Santarelli, Nicolás y Espósito, Carlos, The Protection of Humanitarian Legal Goods by National Judges, *European Journal of International Law*, Vol. 23, Nº. 1, pp. 67-96
- Casanova, Julián, Desaparecidos, *El País*, 10 de julio de 2008
- Castañeda, Jorge, *Valor Jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas*, Ed. Colegio de México, Distrito Federal, 1967
- Cazorla Sánchez, Antonio, *Las políticas de la victoria. La consolidación del Nuevo Estado franquista (1938-1953)*, Marcial Pons, Historia estudios, 2000, pp. 266
- Cerda, Jaime Sergio, The Draft Convention on the Rights of the Child: New Rights, *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, 1990, pp. 115-119
- Chevalier-Watts, Juliet, The Phenomena of Enforced Disappearances in Turkey and Chechnya: Strasbourg's Noble Cause?, *Human Rights Review*, 9 March 2010
- Chinchón Álvarez, Javier, Proceso penal y Derecho internacional. Imposibilidad de castigar vs. Obligación de investigar: Algunas reflexiones y propuestas, *La Ley*, año XXXIII, número 7845, páginas 1-10
- Chinchón Álvarez, Javier, *La obligación internacional del Estado de investigar las violaciones a los Derechos Humanos ocurridas en el pasado*, pp. 26-50, en Ripol Carulla, Santiago (Dir) y Villán Durán, Carlos (Dir), *Justicia de transición: el caso de España*, Resultats de Recerca 2/2012, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2012, pp. 244
- Chinchón Álvarez, Javier, Transición española y justicia transicional: ¿qué papel Juega el ordenamiento jurídico internacional en un proceso de transición? A propósito de la coherencia, buena fe y otros principios de derecho internacional postergados en la transición política de España, *Entelequia. Revista Interdisciplinar: Monográfico*, nº 7, septiembre 2008
- Chinchón Álvarez, Javier, El viaje a ninguna parte: Memoria, leyes, historia y olvido sobre la guerra civil y el pasado autoritario en España (Un examen desde el derecho internacional), *Revista Instituto interamericano de derechos humanos*, Vol. 45, 2007, pp. 119-233

- Chinchón Álvarez, Javier (2009) La actuación de la Audiencia Nacional en la investigación y juicio de los crímenes contra la humanidad cometidos en la Guerra Civil y el franquismo, *Diario La Ley*, Número 7102, 28 Enero 2009 pp. 1-7
- Chinchón Álvarez, Javier y Lydia Vicente Márquez, La investigación de los crímenes cometidos en la guerra civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del derecho internacional, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 19, pp. 1-43
- Choclán Montalvo, José Antonio, *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1977
- Chua, Adrian and Hardcastle, Rohan, Retroactive Application of Treaties Revisited: Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia, *Netherlands International Law Review*, Vol. 44, 1997, pp 414-420
- Cobo del Rosal M. y Vives Antón, T., Derecho Penal. Parte general, Valencia. Gráficas Guada. Tirant lo Blanch, 1987
- Corten, Olivier et Klein, Pierre, *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article para article*, Centre de Droit International – Université Libre de Bruxelles, Bruylant, Bruxelles, 2006, Tome II
- Corten, Olivier, Klein, Pierre, *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* (Oxford Commentaries International Law), Oxford University Press, USA; 1 edition (May 26, 2011).
- Cot, Jean Pierre, La bonne foi et la conclusion des traités, *Revue Belge de Droit International*, 1968
- Council of Europe, Parliamentary Assembly, Secret detentions and illegal transfers of detainees involving Council of Europe member states: second report, 11 June 2007, Doc. 11302 rev, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Mr. Dick Marty
- Council of Europe, Parliamentary Assembly, Enforced disappearances, 19 September 2005, Committee on Legal Affairs and Human Rights, Rapporteur: Christos Pourgourides

- Craven, Matthew, Legal differentiation and the concept of the human rights treaty in international law, *European Journal of International Law*, Vol. 11, 2000, pp. 489-519
- Crawford, James, Multilateral Rights and Obligations in International Law, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 319, 2006, pp. 325-482
- Crettol, Monique and La Rosa, Anne Marie, Les personnes portées disparues et la justice transitionnelle: le droit de savoir et la lutte contre l'impunité, *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 30-06-2006
- D'Argent, Pierre, Responsabilité Internationale, Droits de l'homme et droit humanitaire, *Annuaire Français de Droit International*, Volume 55, 2006, pp. 27-55
- Davis, Madeleine, Is Spain Recovering its Memory? Breaking the Pacto del Olvido, *Human Rights Quarterly*, Volume 27, Number 3, August 2005, pp. 858-880
- Dehouse, Fernand, *La ratification de traités*, Paris; Ed. Sirey, 1936
- de Frouville, Olivier, La Convention des Nations Unies pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées: les enjeux juridiques d'une négociation exemplaire. Première partie : les dispositions substantielles, *Droits Fondamentaux*, n°6, janvier-décembre 2006
- de Frouville, Normes et recours internationaux en matière de disparitions forcées, Intervention lors du colloque «Pouvoirs publics et disparitions forcées en Méditerranée», organisé dans le cadre de la Coalition euro-méditerranéenne des familles de disparus le samedi 20 avril à Barcelone, Espagne
- De Greiff, Pablo (ed), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006
- De La Oliva Santos, Andrés, Apertura y cierre de una "causa general" (La instrucción del Juzgado Central número 5 sobre desapariciones forzadas y "alzamiento nacional"), *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, N° 1, Enero de 2009

- de Szaszy E., Les conflits des lois dans le tems, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 1934-I, pp. 213-215
- Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo 1, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pp. 419
- Digón Martín, Raúl y Dueñas Iturbe, Oriol, La responsabilidad ante las víctimas del Franquismo y el papel del poder judicial, I Congreso de Víctimas del Franquismo, Rivas-Vaciamadrid, 20-22/4/2012
- Dijkstra, Petra; Klann, Helen; Ruimschotel, Rosa; Wijnkoop Myrthe; Enforced disappearances as continuing violations, *Amsterdam International Law Clinic*, Vol. 7 May 2002
- Distefano, Giovanni, Fait continu, fait composé et fait complexe dans le droit de la responsabilité, *Annuaire français de droit international*, volume 52, 2006. pp. 1-54
- Dojas, Alberto, *Amenazas, respuestas y régimen político*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Eudeba, 2011
- Donnedieu de Vabres, Henri, Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal international, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 70, 1947, pp. 477-582
- Do Nascimento e Silva, G. E., Le facteur temps et les traités, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 154, 1977, pp. 215-297
- Dörr, Oliver, Schmalenbach, Kirsten (Authors, Editors), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer; 1 edition, January 28, 2012
- Drucker, Linda, Governmental Liability for "Disappearances": A Landmark Ruling by the Inter-American Court of Human Rights, *Stanford Journal of International Law*, Vol. 25, 1988-1989
- Dugard, John, Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?, *Leiden Journal of International Law*, Vol 12, 1999, pp. 1001-1015
- Edwards, Charles S., Hugo Grotius. *The Miracle of Holland. A study of Political and Legal Thought*, Ed. Nelson Hall, Chicago, 1981, pp. 241.
- Elias, T. O., The doctrine of Intertemporal law, *American Journal of International Law*, Vol. 74, 1980, pp. 285-307

- Elster, John, *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, New York, 2004
- Ermacora, Félix: Human Rights and Domestic Jurisdiction (Article 2, §7, of the Charter), *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 124, 1968, pp. 371-452
- "España debería aclarar dónde y quiénes están en las fosas comunes", según la ONU, 20 Minutos, 29/08/2011, disponible en <http://www.20minutos.es/noticia/1144430/0/onu/fosas-comunes/guerra-civil/>
- Espinosa Maestre, Francisco, Informe sobre la represión franquista. Estado de la cuestión, disponible en www.todoslonombres.org
- Espósito, Carlos, y Almqvist, Jessica, (coord.) *Justicia transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009
- Evans, Richard, La llegada del Tercer Reich, Península, 2005, pp. 672
- Evans, Richard, El Tercer Reich en guerra, Península 2012, pp. 1210
- Evans, Richard, El Tercer Reich en el poder, Península, 2012, pp. 880
- Expert opinion on international standards relating to the duty to investigate, and the impermissibility of amnesty of prescription, in relation to crimes against humanity, signed by James Crawford, Louis Joinet, Juan Méndez, Pedro Nikken, Naomi Roht-Arriaza y Eugenio Raúl Zaffaroni
- Faleh Pérez, Carmelo, *La obligación internacional del Estado de prevenir e investigar los casos de desaparición forzada o involuntaria de personas*, pp. 75-134 en Ripol Carulla, Santiago (Dir) y Villán Durán, Carlos (Dir), *Justicia de transición: el caso de España*, Resultats de Recerca 2/2012, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2012, pp. 244
- Farinella, Favio, The crime of enforced disappearance of persons: a clash between approaches, *Marie Curie Research Course 2006-2007*
- Fernández Sola, Natividad, El derecho a la reparación de las víctimas de desaparición forzada: hacia la justicia a través del derecho internacional, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 60, Nº 2, 2008, pags. 397-425
- Ferrándiz, Francisco, De las fosas comunes a los derechos humanos. El descubrimiento de las desapariciones forzadas en la España contemporánea, *Revista de Antropología Social*, Número 19, 2010, pp. 161-189

- Forteza, Gaspar, Regarding Simón y otros: Accountability in Argentina and International Human Rights as Domestic Positive Law, *Florida International Law Review*, Vol. 3, 2007-2008
- Fouce Fernández, José Guillermo, España y sus derechos humanos: una deuda, *Revista Digital Universitaria*, 01 de julio 2010, Volumen 11 Número 7
- Frey, Barbara A. "Los Desaparecidos: The Latin American Experience as a Narrative Framework for the International Norm against Enforced Disappearances." *Human Rights in Latin American and Iberian Cultures*. Ed. Ana Forcinito, Raúl Marrero-Fente, and Kelly McDonough. Hispanic Issues On Line 5.1 (Fall 2009): 52-72.
http://spanport.cla.umn.edu/publications/HispanicIssues/pdfs/FREY_HRLAIC.pdf
- Galella, Patricio, La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Un gran paso hacia una mayor protección en la lucha contra este fenómeno, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Ejemplar Número 21, 2011
- García Sayán, Diego, The Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America, *Texas Law Review*, Vol. 89, 1835-1862
- Gil Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, 2009, Atelier, Barcelona
- Gil Gil, Alicia, La sustracción y alteración de la filiación de menores durante la guerra civil y el franquismo: aspectos penales, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, Nº 1, Enero de 2009
- Golsong, Heribert, Implementation of International Protection of Human Rights, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 110, 1963, pp. 1-152,
- Gómez Isa, Felipe and de Feyter, Koen (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 706
- Gómez Isa, Felipe (Director), *El derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe-Diputación de Guipúzcoa, Alberdania, Zarauz, 2006, pp. 623

- Gómez Isa, Felipe, Justicia y reparación para las víctimas de violaciones graves y sistemáticas de los Derechos Humanos, *Crítica*, Año 58, Num. 957, 2008 (Ejemplar dedicado a: 60 Años de Derechos Humanos), págs. 49-52
- Gómez Isa, Felipe, Las víctimas y su derecho a la reparación, *Papeles de cuestiones internacionales*, Num. 93, 2006, págs. 27-37
- Gómez Isa, Felipe, El fenómeno de la impunidad. Luces y sombras en América Latina, *Pensamiento iberoamericano*, Num. 2, 2008 (Ejemplar dedicado a: (In)Seguridad y violencia en América Latina: un reto para la democracia), págs. 163-185
- Gómez Camacho, Juan José, La desaparición forzada de personas: avances del derecho internacional, *Revista Mexicana de Política Exterior*, No. 66, México, 2007
- Grammer, Christoph, Adaptación del derecho penal nacional con motivo de la implementación del Estatuto de Roma. Algunas consideraciones acerca de la desaparición forzada, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, pp. 815-827
- Graven, J., Les crimes contre l'humanité, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 76, 1950, pp. 427-608
- Green, L.C., Canadian Law War Crimes and Crimes Against Humanity, *British Yearbook of International Law*, Vol. 59, 1988
- Groome, David, The Right to Truth in the Fight Against Impunity, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 29:1, 2011, pp. 175-199
- Gros Espiell, Héctor, La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse comparative, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 218, 1989, pp. 167-412
- Guarino, Angela, Chasing Ghosts: Retroactive Justice for Franco-Era Crimes Against Humanity, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 33, 2010, pp. 61-86
- Guembe, María José, La reapertura de los juicios por los crímenes de la dictadura militar argentina, *SUR, Revista Internacional de Derechos Humanos*, Número 3. 2005, pp. 120-137

- Hassan, Tariq, Good faith in treaty formation, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 21, Num. 3, 1980-1981
- Hassan, Tariq, Supreme Court of Pakistan: The Case of Missing Persons, *Criterion*, Vol. 4, Num. 4, February 15, 2011
- Henckaerts Jean-Marie and Doswald-Beck Louise, *Customary International Humanitarian Law, Volume I, Rules*, Cambridge Press University, 2005
- Herrero Rubio, Alejandro, Le droit des gens dans l'Espagne du XVIIIe siècle, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 81, 1952, pp. 309-450
- Hessbruegge, Jan Arno, Justice Delayed, Not Denied: Statutory Limitations and Human Rights Crimes, *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 43, Issue 2 (2012), pp. 335-386
- Higgins, Rosalyn, Time and the Law: International Perspectives on an Old Problem, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, July 1997, 501-520
- Hormazábal Malarée, Hernán, Torturas y desaparición forzada de personas, *Revista General de Derecho Penal*, Vol. 9, 2008
- Institut de Droit International, Résolution I: Le problème intertemporel en Droit international public, Onzième Commission, Rapporteur: M. Max Sorensen, 56 *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de Wiesbaden, 1975, 2(h)
- Informe Comisión Interministerial para el estudio de la situación de las víctimas de la guerra civil y del franquismo, Ministerio de la Presidencia, 28 de julio de 2006
- International Law Association, Final Report on the Exercise of Universal Jurisdiction in Respect of Gross Human Rights Offences, London Conference, 2000
- Islas Colín, Alfredo, Desaparición forzada de personas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso de Rosendo Radilla Pacheco vs. México, *Revista Amicus Curiae*, UNAM, Año IV, Num. 2, 2011
- Jiménez, Lidia, Andalucía aporta datos de 21.951 víctimas del franquismo, *El País*, 10 de septiembre de 2008

- Johnson, D. H. N., The Effect of Resolutions of the General Assembly of the United Nations, *British Yearbook of International Law*, 1955-56, Vol. 32, pp. 97-122
- Jonas, David S. and Saunders, Thomas N., The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretive Methods, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Volume 43, May 2010 Number 3
- Josi, Claudia, The Duty to Prosecute under the International Convention on Enforced Disappearances, *LASIL - SLADI Perspectives* – 10/09, 2009
- Juliá, Santos (Coord.), Casanova, Julián, Villarroja, J. y Moreno Gómez, F., *Víctimas de la guerra civil*, Temas de Hoy, Madrid, 2004, pp. 436
- Juliá, Santos, *En torno a los orígenes de la guerra civil*, en Enrique Fuentes Quintana, dir., y Francisco Comín Comín, coord., *Economía y economistas españoles en la Guerra Civil*, Madrid, Real Academia de Ciencia Morales y Políticas y Galaxia Gutenberg / Círculo de Lectores, 2008, vol. I, pp. 171-189
- Junquera, Natalia, Puede exhumar a los fusilados, pero le costará 1.600 euros, *El País*, 16 de agosto de 2012
- Junquera, Natalia, Cortés, Valme, Ningún juez quiere abrir la fosa de García Lorca... ni ninguna otra, *El País*, 19 de septiembre de 2012
- Junquera, Natalia, El gobierno carece de un registro de los desaparecidos del franquismo, *El País*, 28 de junio de 2008
- Junquera, Natalia, Esperanza por la reapertura en Argentina de la causa del franquismo *El País*, 4 de septiembre de 2010
http://www.elpais.com/articulo/espana/Esperanza/reapertura/Argentina/causa/franquismo/elpepuesp/20100903elpepunac_21/Tes
- Justo, Juan y Bohoslavsky, Juan Pablo, El juicio contra Garzón y la eficacia de los sistemas de protección de los derechos humanos, *Res Publica Argentina*, 2009, 2 y 3
- Kerschbaumer, Caroline, Existing domestic laws and difficulties in implementing international standards on Enforced Disappearances, 2005, disponible en http://www.icaed.org/fileadmin/user_upload/Draft_paper_domestic_laws_sept_2-2.pdf

- King, Henry T. Jr., Nuremberg and Sovereignty, *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 28, Issue 1 (Winter 1996), pp. 135-140, p. 136.
- Kirgis, Frederic, Alleged Secret Detentions of Terrorism Suspects, *ASIL Insights*, February 14, 2006, Volume 10, Issue 3
- Kritz, Neil (ed), *Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes, Volume I: General Considerations*, United States Institute of Peace, September 1995, pp. 672
- Kunz, J. L., The Meaning and the range of the Norm Pacta Sunt Servanda, *American Journal of International Law*, Vol. 39, 1945, pp. 180-197
- Kyriakou, Nikolas, Extraordinary rendition as a form of enforced disappearance, *European University Institute*, Department of Law, 3 June 2009
- Lafontaine, Fannie, No Amnesty or Statute of Limitation for Enforced Disappearances: The Sandoval Case before the Supreme Court of Chile, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 3, 2005, 469-484
- Lasco, Chanté, Repairing the Irreparable: Current and Future Approaches to Reparations, *Human Rights Brief*, Volume 10, Issue 2, 2003, pp. 17-21
- Lattimer, Mark and Sands, Philippe, *Justice for Crimes Against Humanity*, Hart Publishing, March 14 2006, pp. 512
- Lauterpacht, Hersch, The International Protection of Human Rights, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 70, 1947, pp. 1-108
- Lauterpacht, Hersch, Les travaux préparatoires et l'interprétation des traités, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 48, 1934, pp. 709-818
- Lauterpacht, Hersch The Law of Nations and the Punishment of War Crimes, *British Yearbook of International Law*, Vol. 21, 1944
- Lázaro, J. M., Entrevista a LOUIS JOINET Ex Relator Especial de la ONU El acoso a Garzón, "Acusar de prevaricación al juez da ideas a países no democráticos", *El País*, 24/03/2010
- Lewis, Elli T. M., To what extent does the proposed draft International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance guard against impunity for those responsible for enforced disappearances?, *Merkourios*, NO 62, 2005, pp. 38-47

- Lippman, Matthew, Disappearances: Towards a Declaration on the prevention and punishment of the crime of enforced or involuntary disappearances, 4 *Connecticut Journal of International Law*, 1988-1989
- Lippman, Matthew, Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders Defense, *Penn State International Law Review*, Vol. 20, Issue 1 (Fall 2001), pp. 153-252
- Lippman, Matthew, Crimes against Humanity, *Boston College Third World Law Journal*, Vol. 17, Issue 2 (Summer 1997), pp. 171-274
- Lippman, Matthew, The Prosecution of Josef Altstoetter et al.: Law, Lawyers and Justice in the Third Reich, *Dickinson Journal of International Law*, Vol. 16, Issue 2 (Winter 1998), pp. 343-434
- Livermore, Daniel and Ramcharan, B.G., Enforced or Involuntary Disappearances: An Evaluation of a Decade of United Nations Actions, *Canadian Human Rights Yearbook*, Vol. 6, 1989-1990
- Lloria García, Paz, *Aproximación al estudio del delito permanente*, Editorial Comares, Estudios de Derecho Penal y Criminología, Granada, 2006
- López Martín, Ana Gemma, La reclamación individual como técnica de control del respeto a los derechos humanos. ¿Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o Tribunal Europeo de Derechos Humanos?, en SOROETA LICERAS J., (ed.), *Cursos de Derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. V, Servicio editorial de la UPV, Bilbao, 2005, pp.225-260
- López Martín, Ana Gemma, Judicialización y sectorialización del Derecho Internacional, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol.XI, 2001/2002, pp.145-176
- Ludwin King, Elizabeth, A Conflict of Interests: Privacy, Truth, and Compulsory DNA Testing for Argentina's Children of the Disappeared, *Cornell International Law Journal*, Vol. 44, pp. 535-568
- Lukashuk, I.I., The Principle of Pacta Sunt Servanda and the Nature of Obligation under International Law, *American Journal of International Law*, Vol. 83, Num. 3, Jul. 1989, pp. 513-518
- Maculan, Elena, Prosecuting International Crimes at National Level: Lessons from the Argentine 'Truth-Finding Trials', *Utrecht Law Review*, Volume 8, Issue 1, January 2012, pp. 106-121

- Mallinder, Louise, Can Amnesties and International Justice be Reconciled? *International Journal of Transitional Justice*, 2007, Vol. 1 (2). pp. 208-230
- Martín, Claudia, La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas: análisis sobre la validez de la reserva y declaración interpretativa formuladas por México al ratificar este tratado, *Revista Mexicana de Derecho Público*, Número 6, abril 2004
- Martin, Claudia, Catching up with the Past: Recent Decisions of the Inter-American Court of Human Rights Addressing Gross Human Rights Violations Perpetrated during the 1970-1980s, *Human Rights Law Review*, Vol. 7, Issue 4, 2007, pp. 774-792
- Martín-Ortega Olga and Alija-Fernández Rosa Ana, Next steps in the pursuit of justice for the Spanish victims of Franco's dictatorship, Accountability. *Newsletter of the International Criminal Law Interest Group of the American Society of International Law*, 2010, http://www.asil.org/accountability/summer2010/summer2010_6.html
- Martín Pallín, José Antonio y Escudero Alday, Rafael (eds), *Derecho y Memoria Histórica*, Editorial Trota, Madrid, 2008
- Martín Pallín, José Antonio, *La ley que rompió el silencio*, pp. 19-46, en Martín Pallín, José Antonio y Escudero Alday, Rafael (eds), *Derecho y Memoria Histórica*, Editorial Trota, Madrid, 2008
- Martínez Lázaro, Javier, Crímenes del franquismo y Audiencia Nacional, *El País*, 23 de septiembre de 2010
- Mc Crory, Susan, The International Convention for the Protection of all Persons from Enforced Disappearance, *Human Rights Law Review*, Vol. 7, Num. 3, 2007
- McSherry, Patrice, Tracking the origins of a State Terror Network: Operation Condor, *Latin American Perspectives*, Vol. 29, Num. 1, January 2002, pp. 38-60
- Méndez, Juan and Vivanco, José Manuel, Disappearances and the Inter-American Court: Reflections on a Litigation Experience, *Hamline Law Review*, Vol. 13, 1990
- Méndez, Juan and Bariffi, Francisco, Truth, Right to, International Protection, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2012

- Méndez, Juan, *The Human Right to Truth: Lessons Learned from Latin American Experiences with Truth Telling*, en T. A. Borer (ed), *Telling Truths: Truth telling and Peace Building in Post-Conflict Societies*, University of Notre Dame Press, pp. 115-150
- Méndez, Juan, *The Right to Truth*, en Christopher Joyner (ed), *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights*, Proceedings of the Siracusa Conference, Erès, Toulouse, 1998, pp. 255-278
- Meron, Theodor, International Law in the Age of Human Rights, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Tome, 301, 2003, pp. 9-490
- Meron, Theodor, The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates of Public Conscience, *American Journal of International Law*, Vol. 94, 2000, pp. 78-89
- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Ed Reppetor, Barcelona, 2004
- Modolell González, Juan Luis, *La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos*, en Ambos, Kai (coordinador), *Desaparición forzada de personas*, Bogotá, Temis, 2009, p. 181
- Mourgeon, Jacques, Les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, *Annuaire Français de Droit International*, volume 13, 1967, pp. 326-363
- Naqvi, Yasmin, The right to the truth in international law: fact or fiction?, *International Review of the Red Cross*, Vol. 88 Number 862, June 2006
- Naqvi, Yasmin, Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition, *International Review of the Red Cross*, Vol. 85, September 2003, pp. 583-626
- Nissel, Alan, Continuing Crimes in the Rome Statue, *Michigan Journal of International Law*, 2003-2004
- Nowak, Manfred, *Torture and enforced disappearance*, to be included in Catarina Krause and Martin Scheinin (eds), *International Protection of Human Rights: A Textbook*, Turku: Institute for Human Rights, Abo Akademi University, forthcoming 2009

- Nowak, Manfred y otros, *The United Nations Convention against Torture: a commentary*, Oxford University Press, 2008
- Nowak, Manfred, Comisión de Derechos Humanos, 58º período de sesiones, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con las desapariciones y ejecuciones sumarias, Informe presentado por el experto independiente, E/CN.4/2002/71, 8 de enero de 2002
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Desapariciones forzadas o involuntarias, Folleto informativo Nº 6/Rev.3, disponible en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet6Rev3_sp.pdf
- Odendahl, *Article 28. Non-retroactivity of treaties*, pág. 485 en Dörr, Oliver and Schmalenbach, Kirsten (Authors, Editors), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Springer; 1 edition, January 28, 2012
- Olivas Díaz, Amaya, La intervención del juez de instrucción en las diligencias de investigación seguidas por desapariciones forzadas en la dictadura franquista, *Jueces para la Democracia*, Nº 63, 2008, pp. 86-102
- Olaya, Francisco, *La Intervención Extranjera en la Guerra Civil*, Ediciones Madre Tierra, Móstoles, 1990, pp. 383
- Orakhelashvili, Aleksander and Williams, Sarah (eds), *40 Years of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, British Institute of International and Comparative Law, London 2010, pp. 206
- Oren, Laura, Righting Child Custody Wrongs: The Children of the "Disappeared" in Argentina, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 14, 2001, pp. 123-196
- Orihuela Calatayud, Esperanza, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo*, Dykinson, S.L. – Libros, España, 2006, pp. 342
- Ormachea, Pablo A., "Moiwana Village: The Inter-American Court and the "Continuing Violation" Doctrine", *Human Rights Journal*, Cambridge: Harvard Law School, Vol. 19, 2006.
- Ott, Lisa, *Enforced Disappearance in International Law*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2011, pp. 326
- Palchetti, Paolo, *Vague and Ineffective obligation or a Useful Means for Strengthening Legal Cooperation*, en Cannizzaro, Enzo, *The Law of Treaties*

Beyond the Vienna Convention, Oxford University Press, 17 February 2011, pp. 496

- Parayre, Sonia, La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, *Revista IIDH*, 29 (1999)
- Pastor, Daniel, ¿Procesos penales sólo para conocer la verdad?: la experiencia argentina, *Jueces para la Democracia*, 2007, Vol. 59, pp. 95-127
- Pastor Ridruejo, José Antonio, Les procédures publiques spéciales de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Tome 228 (1991), pp. 183-272,
- Pastor Ridruejo, José Antonio, Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 274, 1998, pp. 9-308
- Pastor Ridruejo, José Antonio, Master sobre la protección internacional de los derechos humanos, A Coruña, Mayo 2007
- Pauwelyn, Joost, The concept of a “continuing violation” of an international obligation: selected problems, *British Yearbook of International Law*, 1995, pp. 415-450
- Pelayo Moller, Carlos María, La Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29729.pdf>
- Pérez González, Manuel et al, *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1437
- Pérez Solla, María Fernanda, Enforced Disappearances before Argentinean Tribunals: New Developments in an Endless Fight for Justice, *South African Journal of Human Rights*, Vol. 19, 2003, pp. 691-717
- Pinilla García, Alfonso, *El laberinto del 23 F: lo posible, lo improbable y lo previsto en la trama*, Madrid Cáceres: Biblioteca Nueva Universidad de Extremadura, 2010, pp. 189

- Posada Maya, Ricardo, *Aspectos fundamentales del delito continuado*, Granada, Comares, 2012, pp. 272
- Pozharskaia, Svetlana, *Breve Historia del Franquismo*, Col·lecció Documents-actualitat, L'Eina Editorial, 1987, pp. 171
- Prada Rodríguez, Julio, *La España masacrada. La represión franquista de guerra y posguerra*, Alianza Editorial, Madrid, 2010, pp. 456
- Preston, Paul, *La Guerra Civil Española*, Random House Mondadori, 2006, pp. 387
- Preston Paul, *El holocausto español, odio y exterminio en la Guerra Civil y después*, Barcelona: Random House Mondadori, 2011, 4ta edición, pp. 859
- Quindimil López, Jorge Antonio, Las normas de *ius cogens* y el consentimiento de los estados ante la Corte Internacional de Justicia: ¿hacia un nuevo fundamento de jurisdicción? (comentarios sobre la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2006, Actividades Armadas sobre el territorio del Congo, República Democrática del Congo contra Ruanda -nueva demanda de 2002), *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2006
- Remiro Brótons, Antonio, *Los Crímenes de Derecho Internacional y su Persecución Judicial*, El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, 2001, Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001
- Remiro Brótons, Antonio; Riquelme Cortado, Rosa; Díez-Hochleitner, Javier; Orihuela Calatayud, Esperanza; y Pérez-Prat Durbán, Luis, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997
- Remiro Brótons, Antonio; Riquelme Cortado, Rosa; Díez-Hochleitner, Javier; Orihuela Calatayud, Esperanza; y Pérez-Prat Durbán, Luis, *Derecho Internacional*, Curso General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 877
- Remiro Brotóns, Antonio, Crímenes internacionales, jueces estatales, *Política Exterior* Nº 134 - marzo-abril 2010
- Remiro Brótons, Antonio, *Derecho Internacional Público*, 2. *Derecho de los tratados*, Editorial Tecnos, 1987, pp. 550
- Reyadms, Luc, The rise and fall of universal jurisdiction, Working paper Nº 37, January 2010, *Leuven Centre for Global Governance*

- Ripol Carulla, Santiago (Dir) y Villán Durán, Carlos (Dir), *Justicia de transición: el caso de España*, Resultats de Recerca 2/2012, Institut Català Internacional per la Pau, Barcelona, 2012, pp. 244
- Rodley, Nigel, United Nations Actions Procedures against “disappearances”, summary or arbitrary executions, and torture, *Human Rights Quarterly*, Vol. 7, 1986, pp. 700-730
- Rodley, Nigel, The prohibition of torture: absolute means absolute, *Denver Journal of international Law and Policy*, Vol. 34, Num. 1, 2006, pp. 145-160
- Rodrigo, Javier, *Cautivos. Campos de concentración en la España franquista, 1936-1947*, Crítica, Barcelona, 2005
- Rodríguez Arias, Miguel Ángel, “La nueva ley “de la memoria” y la vulneración de los artículos 2 y 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos en el caso de los desaparecidos del franquismo”, *Revista Jueces para la Democracia*, nº 63, noviembre de 2008, pp. 68-85
- Rodríguez Arias, Miguel Ángel, *El caso de los niños perdidos del franquismo: Crimen contra la humanidad*, 2006, pp. 436, Tirant Lo Blanch, Valencia
- Rodríguez Arias, Miguel Ángel, 70 Aniversario de la ley de desapariciones infantiles, *nuevatribuna.es*, 4 de diciembre de 2011
- Rodríguez Arias, Miguel Ángel, La prolongada ausencia de una “investigación oficial” en el caso de los desaparecidos del franquismo como violación autónoma del “derecho a la vida familiar” y “trato inhumano” a sus familiares. Nuevas perspectivas de tutela de “las otras víctimas” a la luz del caso Srebrenica, *Jueces para la democracia*, 2009
- Roehrig, Terence, Executive Leadership and the Continuing Quest for Justice in Argentina, *Human Rights Quarterly*, Volume 31, Number 3, August 2009, pp. 721-747
- Roht-Arriaza, Naomi, *The Pinochet Effect. Transnational Justice in the Age of Human Rights*, University of Pennsylvania Press, January 3, 2005, pp. 272
- Roht-Arriaza, Naomi, State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law, *California Law Review*, Vol. 78, 1990, pp. 449-514

- Roht-Arriaza, Naomi, The Spanish Civil War, Amnesty, and the Trials of Judge Garzón, *ASIL Insights*, July 25, 2012 Volume 16, Issue 24, disponible en <http://www.asil.org/pdfs/insights/insight120725.pdf>
- Roht-Arriaza, Naomi, Reparations Decisions and Dilemmas, *Hastings International and Comparative Law Review*, 2004, Vol. 27, Winter, 157-219
- Rolin, Henri, *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, Paris, A. Pedone, 1964, pp. 536
- Rosales, Sebastián, El derecho a la verdad: desarrollo en el ámbito internacional y en la República Argentina, *Instituto del Servicio Exterior de la Nación Argentina*, Serie Documentos de Trabajo, Nº 38 Buenos Aires, noviembre de 2005
- Rosenblatt, Adam, International Forensic Investigations and the Human Rights of the Dead, *Human Rights Quarterly*, Volume 32, Number 4, November 2010, pp. 921-950
- Rosenne, Shabtai, The Temporal Application of the Vienna Convention on the Law of Treaties, *Cornell International Law Journal*, Vol. 4, No. 1, 1970-1971, pp. 1-24
- Ruiz-Giménez I., Código Penal: ¿dónde están los crímenes más graves?, *El País*, 20 de marzo de 2010
- Sadat, Leila Nadya, International Legal Issues Surrounding the Mistreatment of Iraqi Detainees by American Forces, *ASIL Insights*, May 2004
- Santos Vara, Juan, El desafío de las “entregas extraordinarias” a la protección internacional de los derechos humanos: la responsabilidad de los Estados Europeos, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LIX, 2007, I
- Saramago, José, La impunidad del franquismo, *El País*, 16 de septiembre de 2009
- Sarkin, Jeremy, chairperson of the United Nations Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, Enforced Disappearances, a growing human tragedy, 31 August 2009, disponible en <http://www.ohchr.org/en/News%20Events/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=55&LangID=E>

- Sarkin, Jeremy, The Role of the International Criminal Court (ICC) in Reducing Massive Human Rights Violations Such as Enforced Disappearances in Africa: Towards Developing Transitional Justice Strategies, *Studies in Ethnicity and Nationalism*: Vol. 11, No. 1, 2011
- Sarkin, Jeremy, Statement by the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances on the occasion of its 30th Anniversary, 26 February 2010, disponible en: <http://www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=9848&LangID=e>
- Sartorius, Jaime, La Ley de Amnistía no ampara al franquismo, *El País*, 15 Marzo 2010, disponible en http://elpais.com/diario/2010/03/15/opinion_/1268607604_850215.html
- Sartorius, Nicolás y Sabio, Alberto, *El final de la dictadura. La conquista de la democracia en España. Noviembre de 1975-junio de 1977*, Ediciones Temas de Hoy, 2007, pp. 863
- Sassoli, Marco and Tougas, Marie Louise, The ICRC and the missing, *International Review of the Red Cross*, December 2002, Vol. 84 Nº 848
- Schabas, William A., Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights, *Journal of International Criminal Justice*, 2011
- Schabas, William A., Retroactive application of the Genocide Convention, *U. St. Thomas Journal of Law Public Policy*, Vol. 36 (2009-2010), pp. 36-59
- Schabas, William, Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 7, Issue 2 (Spring 1997), pp. 461-518
- Scheinin, Martin and Langford, Malcom, Evolution or Revolution? Extrapolating from the experience of the Human Rights Committee, *Nordic Journal of Human Rights*, Vol. 1, 2009, pp. 97-113
- Scheurer, Christoph, The authority of international judicial practice in domestic courts", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 23, 1975, pp. 681-708
- Schwarzenberger, Georg, The fundamental principles of international law, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Vol. 087, 1955, pp. 228 y 229

- Schwelb, Egon, Civil and Political Rights: The International Measures of Implementation, *American Journal of International Law*, Vol. 62, Issue 4, 1967
- Scovazzi, Tullio and Citroni, Gabriella, *The struggle against enforced disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Martinus Nijhoff Publishers in Leiden, Boston, 2007
- Scovazzi, Tullio and Citroni, Gabriella, Recent Developments in International Law to Combat Enforced Disappearances, *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 3, p. 89-111, fevereiro/2009
- Seibert Fohr, Anja, *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, New York, Oxford University Press, 2009
- Silva, Emilio y Macías, Santiago, *Las fosas de Franco. Los republicanos que el dictador dejó en las cunetas*, Colección Historia Viva, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 2003, pp- 374
- Smith, Rhona K.M., Remedying the 'Lost' people in human rights law – recent jurisprudence on involuntary and enforced disappearances, *Web Journal of Current Legal Issues*, 2009
- Sorensen, Max, *Le problème inter-temporel dans l'application de la Convention Européenne des droits de l'homme*, *Mélanges offerts à Polys Modinos: problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris: Pedone, 1968, pp. 304-319
- Sponsler, Thomas, The Universality Principle of Jurisdiction and the Threatened Trials of American Airmen, 15 *Loyola Law Review* 43, 48-51 (1968-69)
- Stahn, Carsten, Complementarity, Amnesties and Alternative Forms of Justice: Some Interpretative Guidelines for the International Criminal Court, *Journal of International Criminal Justice*, Vol 3, 2005
- Steiner Henry, *Individual claims in a world of massive violations: what role for the Human Rights Committee?*, en Alston, Philip and Crawford, James (eds), *The future of UN Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge University Press, 2000, pp. 563
- Stevens, Philip, The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance – A Welcoming Response to a Worldwide

- Phenomenon with Limited Relief, *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law*, Vol. 73, 2010
- Stewart, George A, Interpreting the Child's Right to Identity in the UN Convention on the Rights of the Child, *Family Law Quarterly*, Volume 26, Number 3, Fall 1992, pp. 221-233
 - Tamarit, Josep, Los límites de la justicia transicional penal: la experiencia del caso español, *Política Criminal*, Volumen 7, Nº 13, Julio 2012, pp. 74-93
 - Taxil, Béragnère, A la Confluence des Droits: La Convention Internationale pour la Protection de Toutes les Personnes contre les Disparitions Forcées, *Annuaire Français de Droit International*, Vol. LIII, 2007, CNRS Editions, Paris, pp. 129-156
 - Taylor, Telford, The Nuremberg War Trials, *International Conciliation*, Vol. 27, 1949, pp. 243-374
 - Teitel, Ruti, *Transitional Justice*, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 404
 - Teitelbaum, Alejandro, La Nueva Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas, *ALAI, América Latina en Movimiento*, 23 de diciembre de 2006
 - The New York Times, An Injustice in Spain, Editorial, April 9, 2010
 - Tittmore, Brian, Ending Impunity in the Americas: the role of the Interamerican Human Rights System in advancing accountability for serious crimes under international law, *Southwestern Journal of Law & Trade in the Americas*, Vol. 12, 2005-2006, pp. 429-476
 - Tobin, John, Seeking to Persuade: A Constructive Approach to Human Rights Treaty Interpretation, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 23, 2010, pp. 1-50
 - Uprety, Kishor, Against Enforced Disappearance: the Political Detainees' case before the Nepal Supreme Court, *Chinese Journal of International Law*, 2008, Vol. 7, Nº 2, 429-457
 - Urdillo, Ursula, Impunity for enforced disappearances in contemporary Spain. The Spanish Search for Truth, *Interdisciplinary Journal of Human Rights Law*, Vol. 6, 2011-2012
 - Valencia Villa, Hernando, *La ley española de amnistía de 1977 en una perspectiva de justicia transicional*, pp. 185-198, en Ripol Carulla, Santiago (Dir)

- y Villán Durán, Carlos (Dir), *Justicia de transición: el caso de España*, Resultats de Recerca 2/2012, Institut Catalá Internacional per la Pau, Barcelona, 2012, pp. 244
- Valledano, Lucía, La Audiencia de Huelva cierra la vía penal a los casos de bebés robados, *El País*, 19 de noviembre de 2012, disponible en http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/11/19/andalucia/1353337692_289715.html
 - Van Pachtenbeke, A. and Haack, Y., From De Becker to Varnava: the state of continuing situations in the Strasbourg case law, *European Human Rights Law Review*, 2010, Vol. 1, pp. 47-58
 - Van Schaack, Beth, The Definition of Crimes against Humanity: Resolving the Incoherence, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 37, Issue 3 (1999), pp. 787-850
 - Vasak, Karel, Le droit international des droits de l'homme, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Tome 140, 1974, pp. 333-416
 - Verbitsky, Horacio, *El vuelo*, Buenos Aires, Ediciones Planeta, 1995
 - Vicente Márquez, Lydia y Melón, Mercedes, Decisión desprovista de Justicia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 14 de diciembre de 2012, www.IJCentral.org
 - Vibhute, Khushal, The 2007 International Convention Against Enforced Disappearance: Some Reflections, *Mizan Law Review*, Vol. 2 No.2, July 2008
 - Villán Durán, Carlos; Faleh Pérez, Carmelo, Derecho a un recurso efectivo y a obtener una reparación justa y adecuada que corresponde a las víctimas de desapariciones forzadas, crímenes contra la humanidad y otras violaciones de los derechos humanos cometidas en España durante la Guerra civil y la dictadura", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 16, 2008
 - Villiger, M. E., The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties - 40 Years after, *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 344, 2010
 - Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Brill (February 28, 2009), pp. 1058
 - Vinyes, Ricard, *Irredentas: las presas políticas y sus hijos en las prisiones de Franco*, Madrid: Temas de Hoy, 2002, pp. 272

- Vinyes, Ricard, Armengou Montse y Belis, Ricard, *Los niños perdidos del franquismo*, Barcelona: Plaza & Janés, 2002
- Viñas, Ángel, Una sublevación militar con ayuda fascista, *El País*, 12 de julio de 2012
- Viñas, Ángel, El miedo al conocimiento histórico, *El País*, 5 de septiembre de 2008
- Viñas, Ángel, Decisivo apoyo de los fascistas para el triunfo de los sublevados, *El País*, 18 de julio de 2006
- Vranckx, An, A long road towards universal protection against enforced disappearance, *International Peace Information Service*, November 2006
- Walling, Carrie Booth, Human Rights in Latin America: A Politics of Terror and Hope, *Human Rights Quarterly*, Volume 32, Number 4, November 2010, pp. 1032-1037
- Wehberg, Hans, Pacta Sunt Servanda, *American Journal of International Law*, Vol. 53, 1959, pp. 775-786
- Wehberg, Hans, La guerre civile et le droit international, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Tome 63, 1938, pp. 1-128
- Weyler, E. Quelques réflexions sur la réalisation dans le temps du fait internationalement illicite, *Revue générale de droit international public*, Vol. 95, 2001, pp. 881-914
- Whitton, J. B., La règle pacta sunt servanda, *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, Tome 1934-III, Vol. 49, pp. 147-276
- Zalaquett, José, Confronting Human Rights Violations Committed by Former Governments: Applicable Principles and Political Restraints, *Hamline Law Review*, Nº 13, 1990
- Zapico Barbeito, Mónica, Investigating the Crimes of the Franco Regime: Legal Possibilities, Obligations of the Spanish State and Duties Towards the Victims, *International Criminal Law Review*, Vol. 10, 2010, pp. 243-274

Documentos de Naciones Unidas y otros informes

- Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Resolución 666 (XIII-0/83), 14 de diciembre de 1983,
- Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 34/179, Derechos Humanos en Chile, 17 de diciembre de 1979
- Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 33/173 sobre Personas Desaparecidas, 20 de diciembre de 1978
- Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 35/188, Protección de los derechos humanos en Chile, 15 de diciembre de 1980
- Resolución 47/133 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 18 de diciembre de 1992
- Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, 9 de junio de 1994
- Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/Sub.2/1998/19, Anteproyecto de Convención Internacional, 19 de agosto de 1998
- Resolución 61/177 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, 20 de diciembre de 2006
- Resolución 2391 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, 26 de noviembre de 1968
- Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Recommendation 1056 (1987) on national refugees and missing persons in Cyprus
- Council of Europe, Parliamentary Assembly Resolution 1463, Enforced Disappearances, 3 October 2005
- Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, ESPAÑA, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009

- Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 60/147, *Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law*, 21 de marzo de 2006
- Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on Enforced Disappearances as Continuous Crime, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-EDCC.pdf>
- Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances, General Comment on the Right to the Truth in Relation to Enforced Disappearances
- Comentarios del Gobierno de España sobre las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos (CCPR/C/ESP/CO/5), CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, 13 de enero de 2009
- Informe del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre desapariciones forzadas o involuntarias del 2005 (E/CN.4/2006/56), Desapariciones, amnistía e impunidad: Observación general sobre el artículo 18 de la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas
- Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, Estudio sobre el derecho a la verdad, 9 de enero de 2006, doc. E/CN.4./2006/91
- Comentario general sobre artículo 18 de la Declaración, Informe del GTDFI del 2005 (E/CN.4/2006/56)
- Report of the Secretary-General on the establishment of a Special Court for Sierra Leone, 4 October 2000, UN Doc. S/2000/915, 4 October 2000
- Need for international condemnation of the Franco regime”, 4 November 2005, Political Affairs Committee, Rapporteur: Mr. Brincat, Malta, Socialist Group
- Council of Europe Parliamentary Assembly, Recommendation 1736 (2006), Need for international condemnation of the Franco regime
- Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, Nueva York, 20 de diciembre de 2006
- Convención sobre los derechos del Niño, Naciones Unidas, Nueva York, 20 de noviembre de 1989

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966
- Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Nueva York, 10 de diciembre de 1984
- Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad, Nueva York, 26 de diciembre de 1968
- Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias , 24 de mayo de 1989, disponible en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/prevencion.htm>
- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), 8 de junio de 1977
- Proyecto de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos, texto del proyecto de artículos con sus comentarios, aprobado por la Comisión en su 53º período de sesiones, 2001
- Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, ESPAÑA, CCPR/C/ESP/CO/5, 5 de enero de 2009
- International Law Commission, A/CN.4/167 and Add.1-3, Third Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur, Sixteenth Session, 11 May to 24 July 1964
- Yearbook of International Law Commission, 25 May 1964, Vol. 1
- Study on Amnesty Laws and their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights, Preliminary Report by Mr. Louis Joinet, Special Rapporteur, U.N. Commission on Human Right (Provisional Agenda Item 9(a)), U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/16, 1985
- UN Doc A/51/10. Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May - 26 July 1996, Official Records of the General Assembly, Fifty-first session, Supplement No.10
- Human Rights Committee, Lovelace vs Canada, Sandra Lovelace v. Canada, Communication No. R.6/24, U.N. Doc. Supp. No. 40 (A/36/40) (1981)

- Human Rights Committee, Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso, Communication No. 1159/2003, U.N. Doc. CCPR/C/86/D/1159/2003 (2006) Human Rights Committee, S.E. vs Argentina, CCPR/C/WG/36/DR/275/1988, Communication No. 275/1988, 26 March 1990
- Human Rights Committee, Sarma v. Sri Lanka, Communication No. 950/2000, 16 July 2003, CCPR/C/78/D/950/2000
- Human Rights Committee, Norma Yurich v. Chile, Communication No. 1078/2002, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1078/2002 (2005)

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Habeas Corpus in Emergency Situations (Arts. 27(2) and 7(6) of the American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-8/87, January 30, 1987, Inter-American. Court of Human Rights (Ser. A) No. 8 (1987)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Blake vs Guatemala, Sentencia de 24 de enero de 1998
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Case Castillo Páez, Pleadings, Oral Arguments and Documents, Sentencia de 27 de noviembre de 1998
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Barrios Altos vs Perú, Sentencia de 14 de marzo de 2001
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú y otros vs Paraguay, Sentencia de 22 de septiembre de 2006
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Sentencia de 12 de Agosto de 2008
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Masacre de las Dos Erres, (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de noviembre de 2009
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia de 24 de noviembre de 2010
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Contreras y otros vs El Salvador, Sentencia de 31 de agosto de 2011, (Fondo, Reparaciones y Costas)

Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- De Becker vs Belgium, Décision du 9 June 1958, Yearbook of the European Convention on Human Rights, 2 (1958-9), Requete 214/56
- European Court of Human Rights, Papamichalopoulos and Others vs. Greece, (Application no. 14556/89), Judgment of 31 October 1995
- European Court of Human Rights, Tyrer vs. The United Kingdom, Judgment of 25 April 1978
- European Court of Human Rights, Case Loizidou vs Turkey, Preliminary Objections, 23 March 1995
- European Court of Human Rights, Kurt vs. Turkey, Judgment of 25 May 1998
- European Commission of Human Rights, Izzet Çakici vs. Turkey, Report of the Commission, 12 March 1998
- European Commission of Human Rights, Besir Tas vs. Turkey, Report of the Commission, September 1999
- European Commission of Human Rights, Cyprus vs. Turkey, Report of the Commission, 4 June 1999
- European Court of Human Rights, Orhan vs. Turquía, Judgment of 18 June 2002
- European Court of Human Rights, Blečić vs. Croatia, Judgment of 29 July 2004
- European Court of Human Rights, Khashiyev and Akayeva vs. Russia, Judgement of 24 February 2005
- European Court of Human Rights, Tanis and others vs. Turkey, , Judgment of 2 August 2005
- European Court of Human Rights, Seker vs. Turkey, Judgment of 21 February 2006
- European Court of Human Rights, Ould Dah c. France, Requête no 13113/03, Judgment of 17 March 2009
- European Court of Human Rights, Mutaeva vs. Russia, Judgment of 22 April 2010
- European Court of Human Rights, Varnava and Others vs. Turkey, Gran Chamber, Judgment of 18 September 2009

- European Court of Human Rights, Janowiec vs Russia, Judgment of 16 April 2012
- European Court of Human Rights, Antonio Gutiérrez Dorado and Carmen Dorado Ortiz vs. Spain, Decision of 27 March 2012

Sentencias de otros tribunales

- Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina, Decision on the Merits, Case Nº CH/96/1, Josip, Bozana and Tomislav Matanovic against Republica Srpska, 11 July 1997
- Special Court for Sierra Leone, Prosecutor against Morris Kalon, Brima Bazzy Kamara, Case No. SCSL-04-15-PT-060, Decision on Challenge to Jurisdiction: Lome´ Accord Amnesty (Appeals Chamber), 13 March 2004
- African Court on Human and People’s Rights, Case of Zimbabwe Human Rights NGO Forum v. Zimbabwe, Communication No. 245/02, Decision of 21 May 2006
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.—causa Nº 17.768—, 14 de junio de 2005
- Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay, Sentencia condenatoria contra Juan María Bordaberry por un delito de atentado contra la Constitución y crímenes contra la humanidad, 09/02/2010
- Suprema Corte de Justicia de Uruguay, Caso Detta, Josefina; Menotti, Noris, Martínez, Federico; Musso Osiris; Burgell, Jorge, s/ inconstitucionalidad de la ley 15848, Arts. 1, 2, 3 y 4, sentencia Nº 112/87, resolución de 2 de mayo de 1988
- Decision of the Supreme Court on Disappearance Case, Supreme Court Division Bench, Hon. Justice Khilaraj Regmi; Hon. Justice Kaylan Shrestha, Writ nº 3775, Rabindra Prasad Dhakal v. Nepal Government, Home Ministry and Others, June 2007
- Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Appeal Judgment), IT-96-23 & IT-96-23/1-A, International Criminal Tribunal for the

- former Yugoslavia (ICTY), 12 June 2002, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3debaafe4.html>
- Prosecutor v. Furundzija, Judgment, Case No. IT-95-17/1-T 10 (Trial Chamber 10 December 1998)
 - Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados “juicios de la verdad”. Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27/02/2012
 - Juzgado Central de instrucción Nº 5, Audiencia Nacional, Madrid, Sumario (Proc. Ordinario) 53/2008 E, 18 de noviembre de 2008
 - Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay, Sentencia condenatoria contra Juan María Bordaberry por un delito de atentado contra la Constitución y crímenes contra la humanidad, 09/02/2010
 - Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, Sentencia de 9 de diciembre de 2004, EXP. N.º 2798-04-HC/TC, para 22, disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02798-2004-HC.html>
 - Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, 18 de marzo de 2004, EXP. N.º 2488-2002-HC/TC, para. 26, disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02488-2002-HC.html>
 - International Court of Justice, Ambatielos (Greece v. United Kingdom), Judgment of 1 July 1952 (Preliminary Objections), I.C.J. Reports 1952
 - International Court of Justice, Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory opinion of 28 May 1951
 - International Court of Justice, Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America), Judgment of 27 August 1952
 - Court Permanente du Justice Internationale, Phosphates du Maroc, Arrêt du 14 juin 1938, Série A/B Nº 74
 - Permanent Court of International Justice, Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment of 30 August 1924 (Objection to the Jurisdiction of the Court), Série A, nº 2

Sitios web

<http://aquiencia.net/>

www.un.org

www2.ohchr.org/spanish/issues/disappear/index.htm

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/>

www.icaed.org/

www.hrw.org

www.amnesty.org/

www.coe.int/

echr.coe.int/echr/en/hudoc

www.derechos.org/nizkor/

www.oas.org

www.tc.gob.pe

www.corteidh.or.cr/

www.elpais.es

www.elmundo.es

www.publico.es

www.idi.org

www.un.org/law/ilc/

<http://www.ohchr.org>

<http://www.asil.org>

www.ejil.org

www.todoslonombres.org

<http://assembly.coe.int/defaultE.asp>

<http://memoriahistorica.org.es>

<http://leymemoria.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/LeyMemoria/es/inicio>

<http://www.icj-cij.org/>

<http://nuevatribuna.es>

<http://www.mpr.gob.es/>

www.iccnw.org

derechoyjusticia.net

ris.hrahead.org/

www.ila-hq.org

www.esil-sedi.eu

www.boe.es

www.cels.org.ar

RESUMEN EN INGLÉS / SUMMARY

Spanish transition to democracy was based in a model of forgetting of the repressive past with a renunciation, on the one hand, to any pretension to punish those responsible for the crimes committed during the Franco regime and, on the other hand, to know the truth about what happened to the victims of the civil war. As stated by Gil y Gil, it was a model of impunity and forgetting¹ because the crimes of Francoism were never investigated and there were no truth commission like the ones established in Argentina, Chile or South Africa. The 1977 Amnesty Law is the masterpiece of the Spanish transitional model and it was aimed at putting an end to the division in the Spanish society and promoting national reconciliation. While those detained and condemned by the Franco regime were released from prison, the law also granted amnesty to those politically motivated crimes committed by the agents of the State in the exercise of their functions, thus preventing any kind of accountability measures before the courts. At the same time, victims of the Franco regime were denied their right to know the truth about the crimes of the civil war², putting them in a permanent state of helplessness that continues to this day.

In an opinion poll conducted by the Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) in October of 2005³, 54.1% of the respondents (1346 people) were in favor of the adoption of official measures aimed at recognizing the victims of the Spanish Civil War. 53.3% believed that the victims of the Spanish Civil War had been set aside and 65.9% affirmed that the victims of the republic side were mistreated in comparison with those of the national side. These results are hardly surprising because the victims of both sides of the Spanish Civil War did not in fact receive the same treatment. The “Causa General sobre la dominación roja en España”, created by decree of April 26,

¹ Gil Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, 2009, Atelier, Barcelona, pp. 173, page 100.

² Paul Preston, *La Guerra Civil Española*, Random House Mondadori, 2006, pp. 387, page 24.

³ Preguntas 11, 12 y 13 de esta encuesta (2622, de octubre de 2005) del CIS http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/2620_2639/2622/e262200.html

1940⁴, allowed the search of the bodies and remains, ordered burials, granted reparations and started criminal proceedings against those responsible but only in relation with the victims on the national side. As for the victims on the republican side, however, thousands of people that died during the war are still missing or disappeared, and their families continue to suffer as a consequence of the lack of investigation.

Successive democratic governments have been working towards an improvement on the situation through the recognition of economic rights to a certain group of victims. However, one of the groups that has received less official attention, at least until very recently, is the one of those persons extra legally executed during the Civil War and whose remains continue to this very day “hidden” in mass graves along the Spanish territory. These victims, accused of being linked with the Left and with workers’ organizations or just because of their lack of religiosity, were detained and imprisoned in unofficial buildings and later on “paseados” (to take a walk) during the night and executed without trial or judicial protection. Thousands of these executions were never registered and, in other cases, they just appeared as unidentified persons and buried in mass graves. In other words, they simply “disappeared”. This practice was committed by Franco and occurred mainly between April and December of 1936 but it is also important to note that there were also extra legal killings on the republican side but in a lesser extent.

Enforced disappearance of persons has been defined as *“the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law”*⁵. The phenomenon gained international attention in the 70s and 80s as a result of the practices conducted by the military

⁴ Causa General informativa de los hechos delictivos y otros aspectos de la vida en la zona roja desde el 18 de julio de 1936 hasta la liberación”, creada por el Ministerio de Justicia del gobierno de España por decreto de 26 de abril de 1940.

⁵ Article 2 of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, December 20, 2006.

regimes in Argentina, Brazil, Chile, Paraguay and Uruguay. These military regimes committed disappearances systematically against the “subversives” and the so called communists at the national and regional level. In Argentina, the famous report “Nunca Más” counted 8.961 disappearances between 1976 and 1982, an amount considered by the Commission itself as provisional. Currently, some NGOs raise the number up until 30.000 disappeared⁶.

Although the phenomenon of enforced disappearances gained international attention as a consequence of the events in Latin America, the registered origins of it go back to World War II and, in particular, to 1941, when Adolf Hitler adopted a decree ordering the forced and secret transfer of prisoners in occupied territories to Germany. After that transfer, detainees simply disappeared and the agents of the Nazi regime were instructed to deny any kind of information about the fate of whereabouts of the detainees. The aim of the measure was to cause anguish and pain on the relatives and at the same, dissuade political opponents.

In Spain, the issue of the disappeared persons during the Franco regime has only recently gained momentum and the usual term to refer to this group of people was “*paseados*” (to take a walk). During the Spanish Civil War, this domestic term meant the detention of a person in an unofficial prison and to take her out secretly and in the dawn for execution and burial in mass graves, without any kind of registration. Since 2000, the disappeared or “*paseados*” during the Franco regime have gained public attention and converted into an important group because of the influence of the phenomenon occurred in Latin America but also because it refers to a group of people that was never considered as a victim per se. Unlike other countries that have suffered repressive regimes and enforced disappearances, there has been no official investigation in Spain or a census on them, even if the General Report of the Inter-ministerial Commission for the study of the situation of the victims of the Civil

⁶ Asociación Madres de Plaza de Mayo, Historia de las Madres, disponible en <http://www.madres.org/navegar/nav.php?idsitio=5&idcat=906&idindex=173>

War and Francoism (2006) estimates the existence of between 30.000 and 40.000 disappeared as a consequence of the Civil War⁷.

The first institutional attempt to establish the number of persons whose whereabouts remain unknown was done on December 14, 2006, when relatives of the disappeared, together with victims' associations and NGOs filed a complaint before the Audiencia Nacional asking for the recognition of their right to know, to find out the truth about what happened to their relatives and the practicing of measures aimed at locate, identify them and, if possible, to return the remains to bury them. The facts of the complaint had been committed between July 17, 1936 and December 1951 and the list of disappeared people contained 114.266 names, an amount much larger than in other countries with enforced disappearances background, such as Argentina and Chile.

The complaint was delivered to Judge Baltasar Garzón. In his first resolution, he accepted the complaint and affirmed that it was necessary to give an answer to the families. He affirmed that the complained facts constituted a permanent crime of illegal detention with no information of the whereabouts of the disappeared in the context of crimes against humanity. After ascertaining the death of the responsible for the acts and thus, the extinction of the criminal responsibility because of death, judge Garzón forwarded the complaint to the territorial competent courts for the exhumation of the mass graves. At the same time, an association called "Sindicato Manos Limpias" filed a complaint against judge Garzón for abuse of power because of his intent to investigate the crimes of Francoism. In its acquittal decision, the Tribunal Supremo affirmed that the Spanish criminal system was not the adequate procedure to substantiate the demands regarding the right to truth, and also that any such investigation would violate the principle of legality, the non retroactivity of the criminal law and reminded that those facts had been subject of an amnesty law

⁷ Informe de la Comisión Interministerial, citando a su vez el Informe Lorente Acosta del Instituto de Medicina Legal de Granada, 28 de julio de 2006, disponible en <http://www.mpr.gob.es/NR/rdonlyres/3834DA97-8D86-4CD0-AE2E-7C8AA123725A/77935/InformeGeneral.pdf>

democratically adopted, precluding any kind of investigation. Finally, the Supremo considered that the crimes were time barred⁸.

As the highest judiciary instance at the national level, the decision of the Tribunal Supremo has definitively closed the criminal procedure as a way to obtain redress for the victims' relatives. One the most worrisome consequences of this decision has been the systematic dismissal by territorial courts of any complaint related with cases of disappearances from the Civil War without conducting any kind of measures⁹ and always quoting this decision as a precedent. These territorial courts have thwarted any kind of procedure even with the aim of identifying the bodies buried in mass graves and return them to their families. Only in some rare occasions relatives have been able to recover the body of their disappeared. However, the general rule is exactly the opposite and the decision of the Supremo has led to the competent courts to deny start of procedures. In this sense, the decision of the Supremo is playing a role in preventing judges to start procedures, as has been stated by the United Nations¹⁰.

This state of affairs contradicts, however, international human rights law as well as the recent jurisprudence of international tribunals of human rights. But, does Spain really have a particular obligation towards these victims, even if the facts occurred more that 70 years ago? Does international human rights law contain tools that could be applied to this situation? These are questions with no easy answers and there are lot obstacles such as the lapse of time since the commission of the facts, the non retroactivity of treaties and the amnesty law, among others. But international law has a role to play and can contribute towards some form of reparation for the victims' relatives.

⁸ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sentencia Nº 101/2012, Causa Especial. Prevaricación judicial. Los denominados "juicios de la verdad". Interpretación errónea del Derecho e Injusticia, 27/02/2012, page 26.

⁹ Amnistía Internacional, Casos cerrados, heridas abiertas. El desamparo de las víctimas de la Guerra Civil y el Franquismo en España, 9 de mayo de 2012.

¹⁰ UN Service Media, Spain: United Nations experts express concern over implications of judge Garzón case, 8 February 2012, available at http://www.unog.ch/80256EDD006B9C2E/%28httpNewsByYear_en%29/28A4885593C8F0EEC125799E005989B8?OpenDocument

International human rights law has evolved towards a system focused on individuals, leading authors such as Pastor Ridruejo to affirm the existence of a process of humanization of international law¹¹. According to this author, the international protection of human rights contains three elements: first, the element of codification through the adoption of international conventions binding to the states; second, the element of prevention, aimed at preventing the violation of a human right; and third, the establishment of mechanisms of control aimed at verifying the commission of a violation of a human right and ensuring reparation¹².

In relation with enforced disappearances, international law has developed a legal framework of protection whose last achievement is the International Convention on the protection of all persons against enforced disappearances, adopted in 2006 by the General Assembly of the United Nations, which has recently entered into force. This is the first binding convention with a universal scope and Spain is part of it. As such, it has assumed at least two key duties: one the one hand, the duty to investigate enforced disappearances with all the possible resources and fight against impunity; on the other hand, to grant reparations and recognition of the right to truth to the victims, which includes not only the disappeared but also his relatives. According to the preamble of the International Convention of 2006, the aim of the treaty is to fight against impunity and the recognition of the *“right of any victim to know the truth about the circumstances of an enforced disappearance and the fate of the disappeared person, and the right to freedom to seek, receive and impart information to this end”*. According to the international legal framework in force, the duty to investigate the disappearances continues as long as the fate or whereabouts of the victims remain unknown, recognizing thus the permanent or continuous nature of the enforced disappearance. The existence of an amnesty law cannot prevent the exercise of the right to truth and, broadly speaking, the right to reparation to the relatives¹³.

¹¹ Pastor Ridruejo, José Antonio, Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 274, 1998, pp. 9-308, page 113.

¹² Pastor Ridruejo, José Antonio, Le droit international à la veille du vingt et unième siècle : normes, faits et valeurs, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tome 274, 1998, pp. 9-308, page 114.

¹³ See for instance Bassiouni, Cherif, Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Num. 4, 1996, pp. 9-28, página 19 y 23; Méndez, Juan, The Human Right to Truth: Lessons Learned from Latin American Experiences with Truth

Most part of the doctrine, decisions of national and international tribunals and the legal framework consider enforced disappearance as a complex phenomenon and, as the same time, the paradigmatic example of continuous or permanent violations of human rights, not only to the disappeared itself but also to his relatives, because the lack of knowledge about the fate and the whereabouts produces anguish and prevents the end of the mourning. This continuity of the enforced disappearance has consequences on the principle of the non retroactivity of treaties¹⁴. The existence of permanent situations has been studied by the European Court of Human Rights which has excluded its competence *ratione temporis* for acts committed before the entry into force of the European Convention; however, the Court has recognized its competence in relation with those procedural obligations (such as the duty to officially investigate the disappearances) even when the violation started before the entry into force of the Convention. Similar developments are found in the decisions of the Human Rights Committee and those of the Interamerican Court of Human Rights.

The Vienna Convention on the law of treaties makes a distinction between acts or facts that took place before the entry into force of the treaty and situations that ceased to exist before that date. In these cases, the treaty is not applicable. Nonetheless, the Vienna Convention also mentions a third category: those situations committed before the entry into force of the treaty but that continue after that date. When the acts, facts or situations are instantaneous, the application of the norm is relatively simple; but when their legal effects continue after the entry into force of the treaty, its application is more controversial. In the opinion of professor Remiro Brótons, the Vienna Convention is applicable to *facta pendentia*, that means, those

Telling, en T. A. Borer (ed), *Telling Truths: Truth telling and Peace Building in Post-Conflict Societies*, University of Notre Dame Press, pp. 115-150, página 117; Roht-Arriaza, Naomi, Reparations Decisions and Dilemmas, *Hastings International and Comparative Law Review*, 2004, Vol. 27, Winter, 157-219, página 157; Gómez Isa, Felipe, Derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, página 37, en Felipe Gómez Isa (dir), *El derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2006, pp. 623.

¹⁴ Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. General Comment on Enforced Disappearances as Continuous Crime, disponible en <http://www2.ohchr.org/english/issues/disappear/docs/GC-EDCC.pdf>

facts initiated before the entry into force of the treaty but whose effects continue after that date on the future consequences¹⁵.

This does not mean, however, that international law and its mechanisms of control always offer a valid option to the victims and their relatives. The case of the disappeared of the Franco regime is a very complicated one, with full of difficult obstacles at the national and international level. One of them is the lapse of time since the commission of the facts and also that at that time, there was no legal framework recognizing enforced disappearances as a crime against humanity. Thus, all the international instruments were adopted after the occurrence of the facts, especially the Convention of 2006. As expressed above, treaties apply to acts, facts or situations committed after the entry into force of the treaty and the explanation of this is legal certainty¹⁶. But: does this mean that Spain cannot do anything against those crimes committed before the adoption of the Convention of 2006 but whose effects continue to this day, as is the case with the disappearances committed during the Civil War and the Franco regime? What about the right of the victims to know the truth? These are questions of major relevance because they are directed to the very nature of the phenomenon of enforced disappearance and to its continuing effects.

Another important obstacle to the investigation of the crimes of the Franco regime in Spain is the adoption of the Amnesty Law in 1977, considered as the masterpiece of the Spanish transitional model¹⁷. However, the legitimacy of this type of laws has been criticized by the doctrine¹⁸, especially when they are related to

¹⁵ Remiro Brótons, Antonio, *Derecho Internacional Público, 2. Derecho de los tratados*, Editorial Tecnos, 1987, pp. 550.

¹⁶ Orihuela Calatayud, Esperanza, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo*, Dykinson, S.L., Libros, España, 2006, page 22.

¹⁷ See for instance the answer of the Spanish government to the comments of the Committee on Human Rights, UN Doc. CCPR/C/ESP/CO/5/Add.1, January 13, 2009.

¹⁸ See for instance Study on Amnesty Laws and their Role in the Safeguard and Promotion of Human Rights, Preliminary Report by Mr. Louis Joinet, Special Rapporteur, U.N. Commission on Human Rights (Provisional Agenda Item 9(a)), U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/16, 1985, página 17; Burbidge, Peter, Waking the dead of the Spanish Civil War, *Journal of International Criminal Justice*, Vol. 9, 2001, p. 753-781, página 755; Falk, Richard. 2006. Reparations, International Law, and Global Justice, p. 498 in Pablo de Greiff (ed), *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press; Orentlicher, Diane, Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime, 100 *Yale Law Journal*, 1991,

serious human rights violations, and also by the Committee on Human Rights¹⁹ and the Committee against torture²⁰. Even if we accepted that it is not possible to start criminal proceedings against the responsible of the crimes because of the Amnesty Law, the State would still be committed to comply with its international obligations in good faith, in particular those related with the duty to investigate and grant reparations, as recognized by the international legal framework on enforced disappearances. Independently of the Amnesty Law, the establishment of the truth about what happened would still be alive²¹ because the obligations of accountability and the right to truth are independent and complementary²².

The so called Law on Historical Memory cannot be considered sufficient to satisfy the claims of victims' relatives because it only recognizes the duty of the State to facilitate the activities of identification and exhumation of mass graves. And this is striking because the International Convention of 2006 expressly recognizes the duty of the State to fully investigate any case of enforced disappearance. And it is even more striking if we consider that the Law on Historical Memory was adopted after the signature of the International Convention. As a reminder, the Vienna Convention on the law of treaties establishes that since the signature of a treaty, States should refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty²³.

página 2540; Roht-Arriaza, Naomi, State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law, *California Law Review*, Vol 78, 1990, pp. 449-514, page 485.

¹⁹ General Comment by CCPR 20 [44], disponible en http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Gen_Com.nsf/3b4ae2c98fe8b54dc12568870055fbbd/abc751d75e39c69ec125688700532c2e?OpenDocument

²⁰ Observaciones finales del Comité contra la Tortura, ESPAÑA, CAT/C/ESP/CO/5, 19 de noviembre de 2009.

²¹ Bassiouni, Cherif, Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, Num. 4, 1996, pp. 9-28, page 23.

²² Méndez, Juan, The Human Right to Truth: Lessons Learned from Latin American Experiences with Truth Telling, en T. A. Borer (ed), *Telling Truths: Truth telling and Peace Building in Post-Conflict Societies*, University of Notre Dame Press, pp. 115-150, página 117; en el mismo sentido Gómez Isa, Felipe, Derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, página 37, en Felipe Gómez Isa (dir), *El derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2006, pp. 623.

²³ Article 32 of the Vienna Convention of 1969.

Objectives

Against the background described above, this dissertation has the following objectives:

- 1) to expose and describe the evolution of the international legal framework on enforced disappearance;
- 2) to study the jurisprudential developments at the international level, mainly the European Court of Human Rights and the Inter American Court of Human Rights;
- 3) to explain the current state of the art in Spain, in relation with the disappearances committed during the Spanish Civil War;
- 4) to apply the international legal framework and jurisprudential developments to the Spanish case;
- 5) to offer alternatives to the victims' relatives whose right to know the truth has been denied and to ask for an integral reparation that considers the seriousness of the enforced disappearances;
- 6) to promote a humane vision of the law and offer a vision of international law based on the victims instead than on the responsible.

Structure and methodology

This doctoral dissertation is divided in 6 (six) chapters that analyze the international legal framework and international jurisprudence on enforced disappearance of persons and then apply these developments to the Spanish case and presents alternatives at the national and international level to the relatives' victims.

Chapter I describes the historic origins of the phenomenon of enforced disappearance, its evolution under international law and the elements of the definition. It also describes its main characteristic: the continuous or permanent character until the fate and whereabouts of the victim is revealed. This chapter also studies the establishment of the Working Group at the United Nations in 1981 as well as the international legal framework, with special emphasis on the International

Convention of 2006. It also analyzes enforced disappearances as a crime against humanity, its evolution in international law and its consequences, such as non applicability of statutory limitations, universal jurisdiction and inadmissibility of amnesty laws.

Chapter II is dedicated, first of all, to analyze the Spanish Civil War, starting from the coup in 1936 until the end of the war in 1939. This chapter describes the violence generated by the coup and pays special attention to the fate of those detained, secretly executed in the dark and buried in mass graves without any kind of registration. This chapter also describes the disappearances of children during the same period of time. The second part of this chapter is dedicated to study the Spanish transitional model to democracy, a model based on the Amnesty Law and in partial rehabilitation²⁴. As a consequence, the Amnesty Law is studied in deep as well as the reparation measures, their beneficiaries as well and their gaps. Finally, this chapter also analyzes the so called post-transitional justice measures adopted in Spain, with special reference to the Inter-ministerial Commission for the study of the situation of the victims of the Civil War and Francoism and the so called Law on Historical Memory.

Chapter III analyzes three key obligations recognized in the United Nations Declaration of 1992, the Inter American Convention of 1994, the draft convention of 1998 and the International Convention of 2006 on enforced disappearances. These obligations are: the duty to investigate; the duty to repair (with special reference to the right to truth), and the obligations in cases of disappearances of children. While the State has the duty to investigate cases of enforced disappearances of persons, relatives have the right to know the truth about what happened to the disappeared. Each of the obligations just mentioned are studied as well as how they have been interpreted and applied by international tribunals such as the European Court of Human Rights and the Inter American Court of Human Rights.

The lack of a universal and binding treaty on enforced disappearances conducted international tribunals and organs of control to broadly interpret other non

²⁴ Gil Gil, Alicia, *La justicia de transición en España. De la amnistía a la memoria histórica*, 2009, Atelier, Barcelona, pp. 173.

specific international treaties and try to cover the gap with the available resources. In this capacity, international tribunals have been adopting pioneer decisions that recognize the value of the human being and put him at the center of the stage. For this reason, the obligations studied in this chapter are analyzed in the light of the most relevant international decisions issued by international tribunals. The value of these decisions cannot be underestimated and even if article 38 consider them as an auxiliary mean, the value of the precedent is highly important as a mean of interpretation and proof of a practice²⁵.

Chapter IV applies the concept of enforced disappearance to the phenomenon of “*paseados*” occurred in Spain during the Civil War and the consequences in international law. It also describes the current situation of the judicial proceedings in Spain in relation with the fate and whereabouts of the disappeared during that period of time. It finally highlights the legal debates on the proceedings started by judge Baltasar Garzón and exposes the main arguments of the decision taken by the Tribunal Supremo on the case for abuse of power filed against Garzón.

Chapter V is dedicated to deeply analyze and study the legal obstacles raised by the Tribunal Supremo in the decision on the case against Garzón in the light of the evolution of international human rights law in relation with enforced disappearances. This chapter elaborates on the debates of the continuous nature of enforced disappearances and the application of conventional obligations assumed by Spain and their interaction with the principle of non retroactivity of treaties. Finally, this chapter also describes and critically studies the effects of the Amnesty Law in Spain on cases related with enforced disappearances and its repeated use by local courts to prevent any kind of investigation.

As a consequence of the *status quo* in relation with cases of enforced disappearances, chapter VI explores the possibility to submit complaints to international tribunals and mechanisms of control, such as the European Court of Human Rights, the Human Rights Committee and the just created Committee against

²⁵ Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tomo 1, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, pp. 419, pages 92 y 93.

enforced disappearances. To that end, this chapter explores the formal requirement in each institution as well as an important amount of decisions in cases related with enforced disappearances whose developments might be born in mind by Spanish national judges. This chapter also describes the proceedings started in Argentina in use of the universal jurisdiction principle.

Conclusions

Enforced disappearances of persons gained public attention because of the practices of the military dictatorships in Latin America during the 70s and 80s but it was not an alien phenomenon in Europe; in addition to the disappearances committed by the Nazi regime in application of the Night and Fog Decree in 1941 and those happened during the Turkish invasion of Cyprus in 1974, Europe also witnessed the occurrence of similar practices before and after World War II in Spain, whose recognition has gained international attention some years ago. Between 1936 and 1941, Franco ordered what has been called “*paseos*” (walks), a strategy characterized by the detention and extra legal execution of political opponents that ended with their burial in mass graves whose identification and location remain unknown, even to this day. The use of the term “*paseos*” is no more than a euphemism to avoid expressly referring to disappeared. This *walks* match the current definition of enforced disappearance in international law and while it is important to note that the phenomenon that occurred in Spain during the Civil War has its own characteristics and differs from the one in Latin America, it is also true that when a detention is followed by an extra legal execution and the detention is committed by state agents or with their knowledge and there is a denial to conceal the fate or whereabouts of the victims, we are in the presence of an enforced disappearance²⁶. Even more, the inclusion of Spain in the United Nations Working Group of enforced disappearances’ list of countries with enforced disappearances pending of resolution confirms that it is

²⁶ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Desapariciones forzadas o involuntarias, Folleto informativo N° 6/Rev.3, Octubre 2009, page 14.

right to talk about enforced disappearances during the Spanish Civil War and the Franco regime.

In addition to this practice, the Franco regime also undertook a practice of separation of families by detaining republican mothers and separating them from their children for transfer to official institutions under the sign of the Franco regime or to families that were worthy of children because of their religiosity, their political behavior and moral status. The regime also tried, sometimes successfully, to repatriate those children sent by their own republican families to foreign countries in order to prevent the regime to take care of them. The repatriation gave birth to a series of irregular situations because, when it was not possible to establish the true identity of the children, the government decided to identify them with new names, preventing them to be located by their biological families. The lack of information on the matter from the Spanish government makes complicated the task of knowing more about those cases but it has not prevented international organs to raise the issue.

The international human rights law on enforced disappearances has evolved and established a legal framework whose protection was not, until very recently, recognized in a single binding universal treaty. This gap has been filled with the International Convention on the protection against enforced disappearances, adopted by the United Nations General Assembly in 2006. The treaty has a number of key provisions: for instance, it has adopted an enlargement of the notion of victim to include the relatives because disappearances create a state of anguish that continues as long as the fate or whereabouts of the victims are known. Secondly, the International Convention of 2006 is also important because it recognizes the duty to investigate disappearances as long as the fate or whereabouts of the victims remain unknown. Finally, the treaty recognizes the need of integral reparations in case of enforced disappearances which includes not only economic rights but also, and essential in these cases, the exercise of the right to truth.

In cases of enforced disappearances, the international legal framework and the international jurisprudence put the onus on two key obligations for the states: first, the duty to investigate long as the fate or whereabouts of the victims are known, and

secondly, the duty to offer integral reparations, including the right to truth. The duty to investigate is part of the broader right to access to justice and implies the duty of the State to offer the access to remedies aimed prosecute, judge and condemn those responsible as well as to put and end to the situation of impunity²⁷. Access to justice in case of serious violations of human rights is essential and it has been recognized by the *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, adopted by the United Nations General Assembly in 2006. The right to truth is included in the right to access to a remedy and thus, as form of reparation.

As a general rule, victims' rights to reparations should include restitution, guarantees of non repetition, economic compensation and satisfaction. In cases of enforced disappearances, the right to truth acquires an essential role because the phenomenon is characterized by its secrecy and impunity. Each victim and each person who has suffered from an enforced disappearance has the right to know the truth about what happened, and this right goes beyond the mere identification of the responsible. It also includes the right to be informed of the results of the investigations, the fate of the disappeared, the circumstances of the disappearance, who ordered it and when it happened. If possible the right to truth should include the identification and recovery of the remains using to that end all the scientific and forensic methods. Finally, the right to truth also plays a social role because the society as a whole has the right to know its own history and prevent its occurrence in the future.

With these developments in mind, what is the current situation in Spain in relation with the persons disappeared during the Spanish Civil War and the Franco regime? In Spain there has been no investigation about this group of people nor a census on the possible amount of people affected. According to the Lorente Acosta report, the disappeared occurred during the civil war would amount to 40.000, while

²⁷ Felipe Gómez Isa, *Derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos*, página 44, en Felipe Gómez Isa (dir), *El derecho a la memoria*, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto, 2006, pp. 623.

the list submitted to judge Garzón includes as much as 114.000 people. The measures adopted by successive governments have covered, only partially, the rights of the victims and the Law on Historical Memory is insufficient because, when refers to cases of enforced disappearances, it only recognizes a simply duty of the State to facilitate the tasks of searching and identifying the disappeared. Instead of adopting an active policy on identification of mass graves, the Law on Historical Memory places the burden on the relatives, imposing them a very heavy load, as has been affirmed by the European Court of Human Rights²⁸. And this is a situation hardly compatible with the international obligations assumed by Spain, including those coming from the International Convention of 2006, which establishes that States should start impartial investigations, even in the absence of a formal complaint. In the practice, the Law on Historical Memory has reduced the State's action to the concession of grants to individuals and associations and they are the only responsible for performing the tasks of search, identification and exhumation of mass graves. This situation has even worsened with the economic crisis because the government first reduced the amount of grants and afterwards has eliminated the item from the budget for 2013. Finally, the government has also closed the office for the victims of the Spanish Civil War and the Dictatorship²⁹.

In addition, the decision of the Tribunal Supremo in the case of the crimes of the Franco regime against judge Garzón (in which he was acquitted) has closed the criminal procedure as a mean to obtain information on the fate and whereabouts of the disappeared during the Franco regime, putting the victims' relatives in a permanent state of injustice. The Tribunal Supremo affirmed that there were other mechanisms applicable but there have been no truth commission nor similar procedures, no official census and the Law on Historical Memory is clearly insufficient. Besides, territorial competent courts have contributed to this situation by systematically dismissing all the complaints related with disappeared during the Civil War, without ordering any kind of preliminary measures. The dismissal has been

²⁸ Caso Varnava and others vs Turkey, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, paras. 200 y 201.

²⁹ El Gobierno suprime la Oficina de Víctimas de la Guerra Civil y la Dictadura, *El Mundo*, 2 de marzo de 2012.

mainly justified in the impossibility to start a proceeding without identification of the responsible, in the lapse of time and in the fact the crimes were amnestied in 1977. While it is true that criminal procedures lack their very object if the responsible are dead, it is also true that the competent courts could have, at least, authorized the adoption of some minimal measures that would allow the identification of the victims, the establishment of the circumstances of their death and the return of the remains to their families. And this is compatible with the decision of the Tribunal Supremo in the Garzón case in which the Tribunal said that competent courts could identify the affected and proceed according to the law³⁰. Otherwise, relatives would be in a permanent state of helplessness as a result of a lack of an effective remedy at the national level which is incompatible with the international legal framework and jurisprudence.

The Tribunal Supremo also stated that the crimes were time barred and protected by the Amnesty Law. In relation with the first argument, it is important to remember that the Inter American Court of Human Rights has established that the continuous nature of the disappearances could affect the statutory limitations and that when it comes to crimes against humanity, there is no limitation. And if a limitation is to be applied, it will have effects from the moment in which the fate and whereabouts of the victim has been established. While the Tribunal Supremo has surprisingly denied the continuous nature of the disappearances, the UN Declaration of 1992, the International Convention of 2006, the European Court of Human Rights, the Inter American Court of Human Rights, the Human Rights Committee and the International Law Commission, among others, recognize that the duty to investigate the enforced disappearances remains as long as the fate and whereabouts of the victim is established.

In relation with the second argument mentioned, the Amnesty Law, it is important to remember that the use of this measure to prevent investigations in cases of serious violations of human rights has been highly criticized by the doctrine and international jurisprudence. At the national level, it has also been criticized and I

³⁰ Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, Auto resolviendo cuestión de competencia, 28 de marzo de 2012, recurso número 20380/2009.

cannot but to agree with Capella i Toig who affirms that the pretension of using the Amnesty Law of 1977 to prevent the investigation of the enforced disappearances committed during the Civil War reveals a total ignorance of the international human rights law³¹.

The obstacles just mentioned at the national level have situated victims' relatives of the disappeared of the Civil War into a permanent state of helplessness and anguish because they continue to ignore where their relatives are and there is no prospect of effective investigations in the future. The existence of permanent situations or continuous violations along time may have some effects on the law on treaties and in some cases has allowed international tribunals to habilitate their competence *ratione temporis*, even if the facts occurred prior to the entry into force of a treaty. One of the major obstacles in the Spanish case is the lapse of time because the disappearances were committed more than 70 years ago and there were no international treaties recognizing enforced disappearances as such. But the principle of non retroactivity of treaties applies when the acts, facts or situations have ceased to exist prior to the entry into force of the treaty. They have to belong completely to the past³². In the case of enforced disappearance, by its permanent nature, the violation continues as long as the fate of the victim remains unknown, also perpetuating the suffering of the relatives. Thus, a possible application of the obligations to make reparations and investigate as much as possible under the International Convention of 2006 in the Spanish disappeared during the Civil War would not violate the principle of non retroactivity of treaties because the disappearances have not been investigated and still cause pain and anguish to the relatives. Besides, if the purpose of the International Convention is to put an end to the impunity that surrounds disappearances and ensure victims' rights to reparation and truth, it would not be illogical to interpret that State is under the obligation to offer a remedy to fix the

³¹ Capellà i Roig, Margalida, "Desaparecidos", ¿hasta cuándo?, *El País*, 13 de septiembre de 2008.

³² Buyse, Antoine, A Lifeline in Time - Non-retroactivity and Continuing Violations under the ECHR, *Nordic Journal of International Law*, vol. 75. (2006) pp. 63-88, page 72.

current situation, as has been recognized by the Inter American Court of Human Rights in a case in 2009³³.

But, even if this interpretation is not accepted and Spain denies any kind of treaty obligation, relatives' victims could, hypothetically, have recourse to international mechanisms of protection of human rights, such as the European Court of Human Rights or the Human Rights Committee. These are subsidiary mechanisms that can enter into the stage once the domestic remedies have been exhausted. If the victims decide to submit their complaint to the Human Rights Committee, it could be expected to obtain a decision of the Committee recognizing the violation of the International Covenant on Civil and Political Rights. However, the violation would not be the result of the disappearance itself but of the attitudes of State that imply a perpetuation of the disappearance after the International Covenant on Civil and Political Rights entered into force.

If the relatives decide to file a complaint before the European Court of Human Rights, it has to be born in mind that, as a general rule, the Court has denied its competence to acts or situations committed before the entry into force of the treaty. However, it has long recognized the existence of permanent situations that could habilitate its competence *ratione temporis*, even when the facts occurred prior to the acceptance of the jurisdiction of the Court, but provided that those facts or their effects continue after the entry into force of the treaty. In the Varnava case, the European Court recognized that the duty to investigate the disappearances continued as long as the fate and whereabouts of the victims remain unknown. Similar developments are found in the Janowiec case, whose specifics are important because they were similar to the ones of the Spanish case as both happened before the entry into force of the European Convention.

In addition, in the cases Cakici vs. Turkey, Tanis vs Turkey and Janowiec vs Russia (all related with cases of enforced disappearances), the European Court has affirmed that the lack of an official and effective investigation could imply, under

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), para. 24.

certain circumstances, a violation of the State's obligation to protect the right to life of the disappeared and, at the same time, a violation of the relatives' right to be treated humanely. If we tried to apply these developments to the disappeared of the Spanish Civil War, it could be argued that victims' relatives are in a similar position as a consequence of the attitudes of the Spanish governments. Thus, hypothetically, and if the admissibility requirement are met, victims' relatives would be able to submit their complaints before the European Court and obtain some kind of redress and trigger the State to take public policies in that direction. To that end, victims' relatives will have to demonstrate that have acted with due diligence and that their efforts have been useless and putting them into a permanent state of helplessness. Otherwise, it is more than likely that the European Court will reject any complaint, as it did in the *Dorado vs Spain* and *Canales Bermejo vs Spain* cases.

In another different aspect, it is worth remembering that the only judge that started some kind of official investigation on the fate of the disappeared during the Spanish Civil War and the Franco regime was put on trial, and acquitted, on charges of abuse of power. The starting of such a procedure is a major setback against the independence of judges and it might set a dangerous precedent that it is already having effects at the national level, as it is shown by the increasing amount of national courts' dismissal of cases related with disappeared during the Civil War without ordering any kind of preliminary measures. This is a serious situation because autonomy in the interpretation of the law is essential to the judges³⁴.

Finally, while it is true that the main responsible for the disappearances committed during the Spanish Civil War are dead and that there exist obstacles to the clarification of the facts, it is important to remember that the duty to investigate and to realize the right to truth are essential in international human rights law and will continue as long as the fate and whereabouts of the disappeared are known, their remains returned to their families and the truth has come to light. It is time to understand that in these cases, law should be focused more on the victims than on the

³⁴ UN Service Media, Spain: United Nations experts express concern over implications of judge Garzón case, 8 February 2012, available at http://www.unog.ch/80256EDD006B9C2E/%28httpNewsByYear_en%29/28A4885593C8F0EEC125799E005989B8?OpenDocument

responsible and, as stated by Cançado Trindade, judges should liberate themselves of the constraints of strict interpretation of the law and take into account the time of human beings³⁵.

³⁵ The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law, Concurring Opinion of Judge A.A. Cancado Trindade, Advisory Opinion OC-16/99, October 1, 1999, Inter American Court of Human Rights. (Ser A) No. 16 (1999), para. 5.